Die Aufrechnung gegen fehlerhafte Schulden.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Wilhelm Quilitz
aus Landsberg a/Warthe
Referendar am Amtsgericht zu Bentschen (Posen)

AGAD.
LUBUSKA
BIBL.

Approbiert am 18. November 1908.

Greifswald 1909
„Buchdruckerei Hans Adler"

140

Referent: Univ.-Professor Dr. Oertmann.

Meiner Mutter und dem Andenken meines Vaters.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41542703_0045

Inhaltsübersicht.

Seite

Einleitung. Überblick über den Aufbau der Arbeit 7
Abhandlung. Die Aufrechnung gegen fehlerhafte Schulden . 8
1. Kapitel. Die Aufrechnung gegen nichtbestehende Schulden . 8
§ 1. Die Nichtschuld 8
§ 2. Die Streitfrage 10
§ 3—4. Die Aufrechnung gegen eine nichtbestehende Schuld ist unzulässig 13
§ 3. Widerlegung der Gegner 13
1. § 357 13
2. Zahlung und Aufrechnung 14
3. Nichtschuld und einredebehaftete Schuld . . . 26
§ 4. Verteidigung der eigenen Ansicht 27
1. Die Rückwirkung der Aufrechnungserklärung . . 27
2. Die Eventualaufrechnung 39
3. Gesetz und Sprachgebrauch 41
4. Billigkeit des Ergebnisses 43
2. Kapitel. Die Aufrechnung gegen anfechtbare Schulden . . 48
§ 1. Die Aufgabe. Die Fälle der Anfechtbarkeit . . . 48
§ 2. Die Aufrechnung gegen anfechtbare Schulden ist gültig 50
§ 3. Anfechtbarkeit und Einrede 55
§ 4. Aufrechnung in Kenntnis der Anfechtbarkeit . . . 62
§ 5. Aufrechnung in Unkenntnis der Anfechtbarkeit . . 64
3. Kaptiel. Die Aufrechnung gegen einredebehaftete Schulden 66
§ 1. Der Einredebegriff 66
§ 2. Die Aufrechnung gegen einredebehaftete Schulden ist zulässig 68
§ 3. Die Aufrechnung in Kenntnis der Einrede . . . 73
§ 4. Die Aufrechnung in Unkenntnis der Einrede . . 82
Schluß. Rückblick auf die gewonnenen Ergebnisse 84

Einleitung.

Die vorliegende Arbeit will in dem Rahmen des gesetzten Themas einen Beitrag zur Erkenntnis der Lehre von der Aufrechnung liefern. Kaum ein Rechtsinstitut des geschichtlichen und des modernen Rechts hat wohl so viele Zweifel erweckt und Fragen gestellt, wie gerade die Kompensation. Man denke nur daran, welche Fülle von Literatur der Satz ipso jure compensari, „das große Rätsel der römischen Kompensationslehre“ [1]) hervorgebracht hat, und wie lebhaft andererseits in unseren Tagen die Frage der Eventualaufrechnung umstritten worden ist. Nicht mit Unrecht spricht daher Stölzel[2]) von einem bellum omnium contra omnes, das in der Aufrechnungsliteratur herrsche. In der Tat, man mag die Grenzen der Aufrechnung überschreiten, wo man will, überall wird man sofort auf Streitfragen und ungelöste Probleme stoßen.

Unsere Arbeit entlehnt ihren Stoff dem Gebiet der Voraussetzungen der Aufrechnung. Es soll untersucht werden, inwieweit das BGB eine Rechtsbeständigkeit der Forderung, gegen die aufgerechnet wird, verlangt oder — in den Worten des Themas gesprochen — inwieweit es eine Aufrechnung gegen Schulden zuläßt, die mit einem rechtlichen Fehler behaftet sind. Einer entschuldigenden Erläuterung bedarf das Wort „Fehler“. Es wurde als zusammenfassender Begriff für eine Reihe von rechtlichen Erscheinungen gewählt, die einen Mangel an der Vollgültigkeit der Gegenforderung darstellen. Es kann nicht verkannt werden, daß „fehlerhaft“ im gewöhnlichen Sprachgebrauch weniger weit ausgelegt wird.

---

[1]) Windscheid. Pandekten. § 348. A. 3. S. 462.

[2]) Schulung für die ziv. Prax. Bd. 2. S. 8/9.

Insbesondere ist es mißlich, von einer fehlerhaften Schuld zu reden, wenn eine Schuld überhaupt nicht besteht. Leider fehlt uns aber ein Rechtsbegriff, der umfassend und treffend zugleich ist. Zudem scheinen sich die Ausdrücke „mangelhafte" und „fehlerhafte" Rechtsgeschäfte als gemeinsamer Oberbegriff wenigstens für nichtige und anfechtbare Rechtsgeschäfte in der Literatur einbürgern zu wollen [1]). Es mag gestattet sein, hier auch einredebehaftete Forderungen darunter zu verstehen.

Die Abhandlung beginnt, indem sie die einschneidendste und im Verkehr wohl häufigste Erscheinung vorweg nimmt, mit der Aufrechnung gegen eine nichtbestehende Schuld. Ihrer Wichtigkeit entsprechend, hat diese Frage bereits eine eingehende Untersuchung in dem Aufsatz Franz Leonhards „Die Aufrechnung gegen eine Nichtschuld" [2]) gefunden. Die Stellungnahme zu dieser Schrift wird naturgemäß einen breiten Raum einnehmen müssen. Gleichzeitig werden in diesem ersten Teile, so weit es zum Verständnis notwendig erscheint, die wichtigsten Fragen der Kompensationslehre zu berühren sein. Von der Besprechung der Aufrechnung gegen eine Nichtschuld wendet sich die Darstellung zur Aufrechnung gegen anfechtbare Schulden und schließt mit einer Untersuchung über die Zulässigkeit der Aufrechnung gegen Schulden, denen eine Einrede entgegensteht.

1. Kapitel.

Die Aufrechnung gegen nichtbestehende Schulden.

§ 1. Die Nichtschuld.

Bevor wir in die nähere Erörterung der Aufrechnung gegen eine nichtbestehende Schuld eintreten, wird eine Betrachtung der unter den farblosen Begriff „nichtbestehend"

[1]) Dernburg Bürgerl. Recht. Bd. 1 § 115—119, Cosack Bürgerl. Recht Bd. 1 § 53 S. 117, Biermann Allg. T. §§ 52—57, Hellmann Vorträge § 20 S. 122 f., Eck-Lonhard Vorträge § 29 S. 124 ff.

[2]) Arch. f. B.R. Bd. 21 S. 171 ff.

einzureihenden Fälle zweckmäßig sein. Nicht bestehend sind vor allem die nichtigen Rechtsgeschäfte d. h. solche, denen das objektive Recht aus irgend einem Grunde den Eintritt der an sie geknüpften Erwartungen versagt. Nichtig sind die von einem Geschäftsunfähigen oder die im Zustande der Bewußtlosigkeit oder vorübergehender Störung der Geistestätigkeit abgegebenen Erklärungen (§ 105). Nichtig sind empfangsbedürftige Willenserklärungen, wenn der Empfangende die reservatio mentalis des Erklärenden kennt oder die Erklärung mit seinem Einverständnisse zum Schein erfolgt (§§ 116/17). Nichtig ist auch die nicht ernstlich gemeinte Willenserklärung, die in der Erwartung abgegeben wird, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt werden (§ 118). Jedes Rechtsgeschäft, das der gesetzlichen Form ermangelt, das gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig (§§ 125. 134. 138). Hierzu gesellen sich die anfechtbaren Rechtsgeschäfte nach erfolgter Anfechtung. Auch sie sind dann als von Anfang an nichtig anzusehen (§ 142). Außer Betracht bleiben müssen für unsere spezielle Frage der Aufrechnung aus einleuchtenden Gründen die Fälle der Nichtigkeit im Familien-, besonders im Eherecht. Die Zahl der nichtbestehenden Rechtsgeschäfte ist aber mit der Aufzählung der nichtigen noch nicht erschöpft. Es fallen hierunter des weiteren die Rechtsgeschäfte, die rechtsgültig zustande gekommen sind, eine Zeitlang bestanden haben und dann durch Erfüllung oder deren Surrogate wieder erloschen sind. Die Aufrechnung gegen eine schon durch Aufrechnung erloschene Schuld ist ein Beispiel einer Aufrechnung gegen eine nichtbestehende Schuld, die überhaupt im täglichen Leben nicht so selten vorkommt, wie man wohl anzunehmen geneigt ist. Häufig genug wird der Fall eintreten, daß B, von A um die Erfüllung einer längst durch Zahlung erloschenen Kaufgeldschuld angegangen, gegen diese Schuld mit einer ihm gegen A zustehenden Darlehensforderung aufrechnet. Eine Arglist des A kann in seiner Zulassung

der Aufrechnung nicht ohne weiteres erblickt werden. Es ist denkbar, daß beide Teile die Zahlung des Kaufgeldes vergessen haben und bei der Einforderung, wie bei der Aufrechnungserklärung, in gutem Glauben handeln.

§ 2. Die Streitfrage.

Jede wissenschaftliche Untersuchung gründet sich auf das Gesetz. In der Frage nach der Zulässigkeit der Aufrechnung gegen eine Nichtschuld gibt das BGB nur eine indirekte Auskunft. Wir finden keine klare Antwort, sondern sehen uns auf § 387 angewiesen, der die Voraussetzungen der Aufrechnung enthält: Schulden zwei Personen einander Leistungen, die ihrem Gegenstande nach gleichartig sind, so kann jeder Teil seine Forderung gegen die Forderung des anderen Teiles aufrechnen, sobald er die ihm gebührende Leistung fordern und die ihm obliegende Leistung bewirken kann. Aus diesen Worten läßt sich zweierlei herauslesen. Die Worte „schulden zwei Personen einander Leistungen" deuten auf die Unzulässigkeit der Aufrechnung gegen eine nichtbestehende Schuld hin. Denn offenbar sind die hierin enthaltenen Voraussetzungen der Aufrechnung nicht erfüllt, wenn der eine Teil gar nichts schuldet. Andererseits scheinen die Worte „sobald er die ihm obliegende Leistung bewirken kann", die Aufrechnung gegen eine Nichtschuld zulassen zu wollen. Denn „bewirkt werden" kann auch eine Leistung, die in Wirklichkeit nicht geschuldet wurde. Einstweilen wenigstens tritt der mit der Leistung bezweckte Erfolg ein. Ob dieser Erfolg sich dann wieder rückgängig machen läßt, ist eine zweite Frage.

So führt bereits der anscheinend so klare Wortlaut des Gesetzes zu doppeltem Ergebnis. Der Streit setzt sich in der Literatur fort. Auch hier finden wir in der Anlehnung an das Gesagte zwei widerstrebende Meinungen. Die eine Theorie erklärt die Aufrechnung gegen eine nichtbestehende

Schuld schlechthin für unwirksam. Sie kann als die herrschende bezeichnet werden[1]).

Ihr gegenüber hat ein kleines Häuflein von Schriftstellern eine entgegengesetzte Ansicht aufgestellt und mit Energie verfochten. Der Grundzug der neuen Theorie ist der, daß die Aufrechnung gegen eine Nichtschuld keineswegs unwirksam sei, sondern an sich vollgültig zustande komme und dem Aufrechnenden nur eine Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung gegen den Gegner gewähre[2]).

[1]) Zu ihr zählen aus der Zahl der Kommentare Planck zu § 387 N. 2. S. 252, Kuhlenbeck-Staudinger zu § 387 N. 4. S. 254, Oertmann zu § 387 N. 1 c und N. 4. S. 249/50, Schollmeyer zu § 387 N. 1 d S. 332, Rehbein zu § 387–396 N. 20 Abs. 3. S. 344/45, Fischer-Henle zu § 387 N. 2. S. 223, Goldmann-Lilienthal § 112 S. 425/26, Türcke-Niedenführ zu § 387 N. 2, 3, Neumann S. 303; aus der Reihe der Lehrbücher des B. R. Dernburg Bd. II,1. § 126 S. 324, Kipp bei Windscheid § 349. 3. 3a. S. 279, Crome Bd. II § 192 S. 296/97, Enneccerus Bd. I § 293 u. Anm. 2 S. 737, Cosack Bd. I § 111 5 b. S. 380 entgegen älteren Aufl. s. u., Endemann Bd. I § 144 S. 825. S. 821 A. 25, Matthiaß Bd. I § 95. S. 433. Ihnen schließen sich an in Aufsätzen und Schriften, die auf diesen Streitpunkt Bezug nehmen, Eccius bei Gruchot Bd. 42. S. 254, Lippmann in Iherings Jahrbüchern Bd. 43 S. 497 entgegen seiner früheren abweichenden Ansicht s. u. Mansfeld in der Deutschen Jur.-Zeitung Bd. 3 S. 256, Feder in Goldschmidts Zeitschrift für HR. Bd. 54. S. 464, 477. Otto, im Sächs. Archiv Bd. VIII S. 729, 731. Daubenspeck, Referat, Votum, Urteil, wenn auch mehr oder weniger deutlich, S. 241. v. Mayr Bereicherungsanspruch S. 465. N. 1. S. 466. Jäger KO. § 53 A. 3 S. 450, Schlichting Diss. S. 42/43, Suppes Diss. S. 13 und bes. Oertmann im Recht Bd. V S. 449. Den Schluß bilden in ihren Monographien Liebknecht Vorbehaltszahlung und Eventualaufrechnung S. 323/24. Siber Kompensation und Aufrechnung S. 89, 92, 93. Weigelin Das Recht zur Aufrechnung als Pfandrecht an der eigenen Schuld und Lang Aufrechnungsrecht S. 6. Für das preußische Recht ist die Unzulässigkeit der Aufrechnung gegen eine Nichtschuld ausgesprochen bei Förster-Eccius Bd. II § 150 A. 39 und Rehbein Entscheidungen des vorm. preuß. Ob. Trib. Bd. III S. 66, für das österreichische bei v. Schrutka-Rechtenstamm Richtigkeit der Forderungen als Vorraussetzung der Kompensation S. 5.

[2]) Die Verfechter dieses Gedankens sind Stölzel, Schulung Bd. II S. 306/7. Hellwig Lehrbuch des Ziv. Pr. R. Bd. I S. 239/40 A. 47,

Zwischen diese Parteien schob sich bisher[1]) die Ansicht Kohlers ein[2]). Kohler stellte sich in Durchführung der von ihm aufgestellten scharfen Scheidung zwischen zivilistischer und prozessualer Aufrechnung[3]), deren Erörterung und Widerlegung wir uns hier versagen müssen, was die bürgerlichrechtliche Aufrechnung anlangt, an die Seite der Anhänger Stölzels; dagegen forderte er für die gerichtliche Kompensation das Bestehen einer Klagforderung, gegen die aufgerechnet werden könnte. Die Ansicht Kohlers als eine Mittelmeinung brachte es mit sich, daß sie sowohl von der einen wie von der anderen der streitenden Parteien für sich in Anspruch genommen werden konnte. Neuerdings scheint aber Kohler[4]) endgültig zur Fahne Stölzels abgefallen zu sein, für die ihn früher schon Leonhard[5]) in Anspruch nahm. Da wir hier auch nur von der zivilistischen Aufrechnung zu handeln haben, so werden wir Kohler unbedenklich unseren Gegnern zurechnen dürfen.

Weismann bei Busch Bd. 26. S. 28. Isay Willenserklärung im Tatbestande des Rechtsgeschäfts in Fischers Abh. Bd. II S. 81, Kaufmann Kommentar und Inst. Bd. II S. 253. 4. 8. Eck Vorträge I S. 370 und bes. Leonhard, der schon in seiner „Aufrechnung" S. 150/54 gegen die herrschende Meinung aufgetreten war und neuerdings am obengenannten Orte ausführlich seine Gründe gegen die herrschende Auffassung entwickelt. Früher waren Anhänger dieser Theorie Cosack Lehrbuch 1. Aufl. Bd. 1 § 111 S. 360 und Lippmann in Iherings Jahrbüchern Bd. 32. S. 241; doch sind jetzt beide, wie bereits vermerkt wurde, zur Gegenpartei übergegangen. Zu seinen Anhängern rechnet Leonhard a. a. O. noch Foertsch bei Gruchot Bd. 42 S. 230 ff., doch enthält dieser Aufsatz nichts, was zu solcher Annahme berechtigte.

[1]) Vergl. hierüber Leonhard a. a. O. S. 172, 199—201, v. Mayr a. a. O. S. 465 N. 1.

[2]) Bei Busch Bd. 24. S. 20.

[3]) Bei Busch Bd. 20. S. 15 ff. Bd. 24 S. 17 ff. Lehrbuch I § 68 S. 205, Bd. II § 79 S. 216.

[4]) Lehrb. Bd. II § 69. S. 184. S. 210 § 78.

[5]) Leonhard a. a. O. S. 199/200.

— Unseren Gegnern: denn die herrschende Theorie von der Unzulässigkeit der Aufrechnung gegen eine Nichtschuld scheint uns allein dem Wesen der Aufrechnung in der Gestaltung, die ihm das BGB gegeben hat, gerecht zu werden. Eine zusammenfassende Würdigung der gegnerischen Anschauungen mag im folgenden versucht sein. Wir werden zunächst die von der Gegenpartei vorgebrachten Gründe auf ihre Stichhaltigkeit zu prüfen und sodann die eigene Meinung zu entwickeln und zu vertreten haben.

§§ 3—4. Die Aufrechnung gegen eine nichtbestehende Schuld ist unzulässig.

§ 3. Widerlegung der Gegner.

1. § 357.

Eine scheinbare Stütze für die Zulässigkeit der Aufrechnung gegen eine Nichtschuld findet die gegnerische Meinung im Gesetze selbst[1]). Es ist der § 357: Hat sich der eine Teil den Rücktritt für den Fall vorbehalten, daß der andere Teil seine Verbindlichkeit nicht erfüllt, so ist der Rücktritt unwirksam, wenn der andere Teil sich von der Verbindlichkeit durch Aufrechnung befreien konnte und unverzüglich nach dem Rücktritte die Aufrechnung erklärt. — Durch die Erklärung des Rücktrittes ist die Verbindlichkeit des säumigen Teiles aufgehoben worden. Wenn das Gesetz ihm jetzt noch die Aufrechnung gestattet, so läßt es anscheinend die Aufrechnung gegen eine Nichtschuld zu. Dieser Beweisgrund ist jedoch nicht überzeugend. Der § 357 ist Erwägungen der Billigkeit entsprungen. Die Erklärung des Rücktritts gegenüber einem Schuldner, der dem Gläubiger selbst etwas schuldet, wird vom Gesetzgeber als Schikane ausgelegt. Denn dem Schuldner, der sich im Vertrauen auf seine Gegenforderung darauf verlassen hatte, daß sein Gläubiger das Rücktrittsrecht nicht ausüben werde, wird durch den Rücktritt

[1]) Leonhard a. a. O. S. 201.

und das damit eintretende Erlöschen seiner Verbindlichkeit die Möglichkeit aufzurechnen entzogen. Zu solchen Folgerungen kann das Gesetz nicht seine Hand bieten. Dem Schuldner bleibt darum das Aufrechnungsrecht trotz seiner aufgehobenen Verbindlichkeit. Nicht als allgemeines Prinzip, sondern als Ausnahme im Sinne billiger Berücksichtigung der Interessen des Aufrechnungsberechtigten stellt sich § 357 dar.

In eine Linie mit § 357 ist auch § 554 Abs. 2 gestellt worden, der für die Miete eine ähnliche Vorschrift gibt[1]). Die Kündigung des Vermieters soll unwirksam sein, wenn sich der Mieter von seiner Schuld durch Aufrechnung befreien konnte und unverzüglich nach der Kündigung die Aufrechnung erklärt. Diese Bestimmung läßt sich jedoch nicht im Sinne der gegnerischen Auffassung verwerten. Durch die Kündigung wird, anders als bei der Rücktrittserklärung, die Verpflichtung zur Entrichtung des Mietzinses nicht aufgehoben. Die Aufrechnung erfolgt also nicht gegen eine nichtbestehende Schuld, sondern gegen eine vollgültige Schuld[2]).

2. Zahlung und Aufrechnung.

Höher als die Beweiskraft des § 357[3]) wird von der Gegenpartei als einer ihrer Hauptgründe die Analogie zwischen Zahlung und Aufrechnung gewertet. Dieser Vergleich der beiden Rechtsinstitute wurde schon für das gemeine Recht[4]) zur Erklärung der Wirkungen der Kompensation gebraucht und kehrt heute in der Literatur ständig wieder. Wie es zulässig sei, auf eine nichtbestehende Schuld eine gültige Zahlung zu leisten, so müsse es auch zulässig sein, gegen eine nichtbestehende Schuld aufzurechnen. Wie die irrtümlich auf eine Nichtschuld geleistete Zahlung nur eine condictio indebiti für

[1]) Planck zu § 387 N. 1b S. 251.

[2]) Richtig Leonhard a. a. O. S. 201, Weigelin S. 61.

[3]) Leonhard a. a. O. S. 201.

[4]) Dernburg, Geschichte und Theorie der Kompensation S. 10 u. S. 358.

den Zahlenden erzeuge, so sei auch der gegen eine Nichtschuld Aufrechnende nur auf eine condictio angewiesen. Die Aufrechnung wird als eine Art von Zahlung[1]), als ideelle Zahlung[2]), als der Zahlung paralleles Rechtsinstitut[3]) bezeichnet. Am schärfsten ausgebildet ist dieser Gedanke vielleicht bei Weismann, der a. a. O. wörtlich von der Analogie der Zahlung spricht und „also die Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung" für anwendbar erklärt. Auch Hellwig (a. a. O.) vergleicht die Wirkung der Aufrechnung gegen eine Nichtschuld mit der Wirkung einer indebite geleisteten Zahlung. Ebenso gelangt Stölzel (a. a. O.), der von einem Vergleich zwischen vorbehaltsloser Zahlung und vorbehaltsloser Aufrechnung ausgeht, zu dem gleichen Ergebnis. Und auch Leonhard[4]) verwendet wiederholt die Analogie der Zahlung in seiner Beweisführung. Dieser Vergleich zwischen Zahlung und Aufrechnung fordert zu näherer Betrachtung darüber heraus, ob das Heranziehen der Zahlung zur Erklärung der Wirkungen der Aufrechnung wirklich berechtigt ist.

Das BGB stellt nicht selten die Erfüllung, d. h. bei einer Geldschuld die Zahlung, den Surrogaten der Erfüllung, zu denen auch die Aufrechnung gehört, gleich. Es sei nur an die §§ 268 Abs. 1, 2 und 422 A 1 erinnert, in denen die Gleichstellung klar hervortritt. Sogar in der Lehre der Aufrechnung verweist das BGB auf die Zahlung. Nach § 396 sollen, wenn der eine oder der andere Teil mehrere zur Aufrechnung geeignete Forderungen hat, bei Nichtbestimmung des aufrechnenden Teiles oder bei Widerspruch des Aufrechnungsgegners die Vorschriften über die Anrechnung von Zahlungen eingreifen. Aus diesen und ähnlichen Bestimmungen des Gesetzes heraus hat man wahrscheinlich den Satz von der Analogie der Zahlung abgeleitet. Aber auch schon an

[1]) Stammler, Recht der Schuldverhältnisse. S. 242.
[2]) Stölzel a. a. O., Isay a. a. O. S. 73.
[3]) Kaufmann a. a. O. S. 258, Isay S. 73.
[4]) A. a. O. S. 173. 181 unten u. 202.

den zitierten Gesetzesstellen läßt sich erkennen, daß der Gesetzgeber keineswegs eine vollständige Gleichstellung beabsichtigte. Er scheidet scharf Erfüllung auf der einen und Surrogate der Erfüllung auf der anderen Seite. Weiter spricht für die Trennung die getrennte Behandlung im Gesetze selbst. Die Aufrechnung ist als ein selbständiger Tilgungsgrund mit eigenen Voraussetzungen und ihr allein eigentümlichen Wirkungen gedacht worden und kann nicht ohne zwingenden Grund aus anderen ihr vielleicht ähnlichen Rechtsinstituten ergänzt werden. Zur Erkenntnis des Wesens der Aufrechnung muß ihre Einreihung unter die Rechte des rechtlichen Könnens, die Gestaltungsrechte, genügen. Ihr Zweck ist darauf gerichtet, zwei gegenüberstehende Forderungen zum Erlöschen zu bringen.

„Die Aufrechnung ist nicht Erfüllung, sondern wirkt nur aus Billigkeitsrücksichten wie eine solche“ [1]). Durch die Erfüllung erhält der Gläubiger das, was ihm geschuldet wird. Durch die Aufrechnung bekommt er gerade das Geschuldete nicht. Statt dessen befriedigt ihn der Schuldner durch eine andere, der geschuldeten gleichwerte Leistung. Leonhard (a. a. O. S. 204) meint zwar, der äußere Tatbestand der Übergabe, der sich bei der Zahlung im Gegensatz zur Aufrechnung vollziehe, mache keinen maßgebenden Unterschied aus. Diese Anschauung dürfte sich aber, unter wirtschaftlichem Gesichtspunkt betrachtet, schwerlich halten lassen. Wirtschaftlich ist die Zahlung ein von der Aufrechnung völlig verschiedener Akt. Durch die Zahlung, eine reale Handlung, gelangt der Gläubiger in den Besitz barer Mittel. Hierdurch wird ihm ökonomisch eine größere Macht

---

[1]) Dernburg, Lehrbuch 2, 1. § 128 I. S. 330, ähnlich auch Endemann I § 144 S. 821. Kuhlenbeck-Staudinger, Vorbem. zu § 387 S. 252, Crome II § 191 S. 228, Kohler Lehrbuch II § 75 S. 205 Matthias I § 95 S. 432/33. Lippmann bei Ihering Bd. 32 S. 220, Feder a. a. O. S. 488, Otto a. a. O. S. 729 Sontag Arch. f. B. R. Bd. 21 S. 11.

erschlossen, als durch Aufrechnung, bei der er zwar von einem Passivposten befreit wird, aber nichts erhält. Dem trägt auch das Gesetz Rechnung. Ueberall da, wo der Schutz der Allgemeinheit das Vorhandensein barer Mittel erfordert, wird die Aufrechnung ausgeschlossen. Das Grundkapital einer Aktiengesellschaft darf nicht aus aufgerechneten Beiträgen der Aktionäre bestehen zum Schaden der Gesellschaftsgläubiger[1]). Hierher gehört auch die sozialpolitisch wichtige Vorschrift des BGB, daß gegen Forderungen, die der Pfändung nicht unterworfen sind, nicht aufgerechnet werden darf (394). Der Arbeiter, der seinen Arbeitsverdienst zum Lebensunterhalte braucht, soll vom Arbeitgeber nicht mit einer leeren Aufrechnung abgespeist werden.

Der durchgreifendste Unterschied aber liegt darin, daß Zahlung und Aufrechnung ihrer juristischen Konstruktion nach zwei ungleiche Akte sind. Die Zahlung ist ein Vertrag, die Aufrechnung ein einseitiges Rechtsgeschäft. Zur Zahlung ist die aktive Mitwirkung des Gläubigers unbedingt erforderlich. Lehnt er seine Mitwirkung, die in der Annahme der angebotenen Leistung besteht, ab, so kann er in Verzug geraten, und der Schuldner zur Hinterlegung befugt sein, aber eine Zahlung ist ausgeschlossen. Bei der Aufrechnung ist nur eine passive Mitwirkung des Gläubigers nötig. Sie besteht darin, daß er die Aufrechnungserklärung des Schuldners „empfangen" muß. Hat er aber die Erklärung des Schuldners vernommen, ist ihm der Brief, der die Erklärung enthielt, zugegangen, so ist beim Vorliegen der Voraussetzungen der Aufrechnung ihre Wirkung eingetreten, mag sie dem Gläubiger noch so wenig angenehm sein, mochte er sie noch so gern, wenn es in seiner Macht gestanden hätte, zurückgewiesen haben. Mit der einseitigen Willenserklärung des Schuldners an den

[1]) HGB. § 221. Dieselbe Vorschrift für die Kommanditgesellschaft auf Aktien HGB. § 320 Abs. 3, für die eingetragene Genossenschaft § 22 Abs. 3, die G. m. b. H. § 19 Abs. 2, für die privaten Versicherungsunternehmungen Gesetz von 1901 § 26.

Gläubiger ist die Aufrechnung vollzogen. Die einseitige Willenserklärung bewirkt hier genau so viel wie bei der Zahlung die beiderseitigen Handlungen.

Diesem Hauptunterschiede der beiden Rechtsakte schließen sich weitere wichtige Unterscheidungen an. Aufs Genaueste ist für die Erfüllung geregelt, an welchem Orte sie zu erbringen ist (§ 269, 270). An einem anderen Orte ist der Gläubiger zur Abnahme der Leistung nicht verpflichtet. Dagegen wird die Aufrechnung nicht dadurch ausgeschlossen, daß für die Forderungen verschiedene Leistungs- oder Ablieferungsorte bestehen.

Bei der Zahlung hat der Schuldner, der dem Gläubiger aus mehreren Schuldverhältnissen zu gleichartigen Leistungen verpflichtet ist, wenn das Geleistete nicht zur Tilgung sämtlicher Forderungen ausreicht, das Bestimmungsrecht, welche der mehreren Forderungen getilgt sein soll (§ 366 Abs. 1). Der Gläubiger kann der Bestimmung nicht widersprechen. Nicht so bei der Aufrechnung. Hier hat der Gläubiger bei einer Bestimmung des Schuldners, die ihm mißfällt, ein Widerspruchsrecht.

Der § 266 BGB. verbietet dem Schuldner, seine Leistung in Teilleistungen zu zerlegen. Dieser Grundsatz wird auf Teilaufrechnungen nicht anwendbar sein. Der rechtspolitische Grund des Verbots der Teilzahlungen liegt darin, daß ohne dieses Verbot der Gläubiger der Willkür des Schuldners ausgesetzt sein würde, der ihm jederzeit beliebige Teilzahlungen anbieten und ihn, wenn er nicht annehmen würde, in Gläubigerverzug versetzen könnte. Alles dies fällt bei der Teilaufrechnung fort. Hier kann es dem Gläubiger gleichgültig sein, in welcher Höhe sein Schuldner die Aufrechnungssituation benützen und ihn durch Aufrechnung befriedigen will[1]). Ist die Aktivforderung kleiner als die

[1]) Motive Bd. II S. 108, Planck zu 389 N. 1. S. 255, Oertmann zu § 389 N. 4. S. 254, Schollmeyer zu § 389 N. 1. S. 337, Fischer-Henle zu § 389 N. 1. S. 224, Goldmann-Lilienthal § 113

Forderung, gegen die aufgerechnet wird, so wird die Gegenforderung nur in Höhe der Aktivforderung getilgt. Der Gläubiger der Aktivforderung hat es also durch seine Aufrechnung in der Hand, seinem Gläubiger eine Teilleistung zu erbringen, die nicht abgelehnt werden darf. Streitig ist nur, ob der aufrechnende Gläubiger der Aktivforderung aus dieser, wenn sie an sich schon kleiner als die Passivforderung ist, Teile aussondern und gegen die größere Passivforderung zur Aufrechnung verwenden könne. Uns will auch eine solche Aufrechnung zulässig und dem Rahmen des Gesetzes angepaßt erscheinen. Wenn Kohler hiergegen[1]) erklärt, das wäre Willkür und widerspräche der gesetzlichen Kompensationssituation, die man gewiß nicht auf solche Weise zersplittern dürfe, so ist auf diesen Einwurf zu entgegnen: Der Gläubiger, gegen den eine Teilaufrechnung vorgenommen wird, behält ja immer noch selbst die Möglichkeit, seinerseits die Aufrechnung zu erklären, und kann damit einer weiteren schikanösen Ausübung der Aufrechnungslage durch Teilaufrechnungen des Schuldners vorbeugen[2]).

Ein weiteres Unterscheidungsmoment zwischen Zahlung und Aufrechnung liegt darin, daß ein Dritter nach § 267 BGB., wenn der Schuldner nicht in Person zu leisten hat, wohl die Zahlung der Schuld bewirken, nicht aber unter „analoger Anwendung" dieses Satzes den Gläubiger durch Aufrechnung mit einer eigenen Forderung befriedigen kann. Wollte man dies gestatten, so läge hierin ein Verstoß gegen die vom Gesetz (§ 387) vorgeschriebene Gegenseitigkeit von

S. 429, Türcke-Niedenführ § 387 N. 5. S. 442, Kipp bei Windscheid § 342 S. 423, Crome II § 193 S. 301, Endemann I § 145 S. 829, Weismann bei Busch Bd. 26. S. 5.

[1]) Bei Busch Bd. 20 S. 14, ebenso Leonhard Aufrechnung S. 153/54.

[2]) Für die Zulässigkeit von Teilaufrechnungen sprechen sich im Sinne unserer Darlegungen auch aus Lang S. 51, Weigelin S. 141 und wenigstens für die prozessuale Kompensation, im übrigen zweifelnd, Lippmann bei Ihering Bd. 43 S. 490.

Forderung und Schuld. Hat A. eine Forderung gegen B. und umgekehrt B. gegen A., so kann nur A. oder B. aufrechnen. Nicht kann C., der zufällig auch eine Forderung gegen A. hat, mit dieser gegen A.'s Forderung an B. die Aufrechnung erklären. Das ließ sich nur durch Abtretung der Forderung des C. an B. erreichen[1]).

Die Unmöglichkeit der Aufrechnung durch einen Dritten teilt das Schicksal jeder Regel eine Reihe von Ausnahmen zu haben. In allen Fällen, in denen ein Dritter in eigenem Interesse das Recht zur Befriedigung eines Gläubigers hat, soll er berechtigt sein, gegen den Gläubiger aufzurechnen, obwohl er ihm eigentlich nicht schuldet. So darf ein Dritter aufrechnen, wenn er durch die drohende Zwangsvollstreckung Gefahr läuft, ein Recht an dem Gegenstand der Zwangsvollstreckung oder den Besitz zu verlieren. (268 Abs. 2). Ein gleiches Ablösungsrecht kann der Dritte durch Aufrechnung geltend machen, wenn er durch den Pfandverkauf ein Recht an dem Pfande verlieren würde. (1249). Ferner ist der Eigentümer eines hypothekarisch belasteten Grundstücks, der nicht zugleich persönlicher Schuldner ist, bei Fälligkeit der Forderung oder Leistungsberechtigung des persönlichen Schuldners zur Aufrechnung befugt (§ 1142 Abs. 2)[2]). Alle diese Fälle sind offensichtlich Ausnahmen der Regel, daß ein Dritter nicht aufrechnen kann. Das ergibt sich

---

[1]) So communis opinio Planck zu § 387 N. 1 a. S. 251, Kuhlenbeck-Staudinger zu § 387 N. I 1. S. 253, Schollmeyer zu § 387 N. 1 a. S. 331, Goldmann-Lilienthal § 112 S. 424, Rehbein Bem. 8 S. 334, Fischer-Henle zu § 387 N. 1 S. 222, Türcke-Niedenführ § 387 N. 4 S. 442, Kipp bei Windscheid § 342 S. 425, Dernburg § 126 S. 325, Crome II § 192 S. 294, Endemann I § 145 S. 827 A. 1, Cosack I § 111 S. 383, Enneccerus I § 293 S. 737 I 1, Matthiaß I § 95 S. 434, Oertmann im Recht V S. 449. Kohler bei Busch Bd. 24 S. 6, Weismann bei Busch Bd. 26 S. 5.

[2]) Diese Bestimmung gilt analog für Grund- (§ 1192) und Rentenschulden (1200), sowie für das Pfandrecht an beweglichen Sachen (1224).

schon aus der ausdrücklichen Hervorhebung im Gesetze, die sonst nicht erforderlich wäre.

Gleichfalls gegen die Voraussetzung der Gegenseitigkeit der Aufrechnung würde es verstoßen, wollte man, wie bei der Erfüllung, (§ 362 Abs. 2) die Aufrechnungserklärung auch gegenüber einem Dritten unter Heranziehung des § 185 gültig sein lassen. B., der gegen A. aufrechnen will, kann die empfangsbedürftige Aufrechnungserklärung nicht dem C. gegenüber abgeben. Es greifen vielmehr die allgemeinen Vorschriften über die ankunftsbedürftigen Willenserklärungen ein (§§ 130, 132).

Bei der Zahlung kann der Schuldner Zug um Zug gegen seine Leistung die Aushändigung einer Quittung verlangen, und der Gläubiger ist verpflichtet, sie ihm zu erteilen (368). Keine solche Vorschrift begegnet uns bei der Aufrechnung. Und auch im Verkehr wird keine wechselseitige Quittung verlangt und gegeben, weil man eben in richtigem Empfinden die Aufrechnung nicht als eine Zahlung ansieht.

Und umgekehrt wirkt kraft positiver Gesetzesvorschrift (§ 389) die Aufrechnung auf den Zeitpunkt zurück, in dem sich die beiderseitigen Forderungen aufrechenbar gegenüber getreten sind. Vergebens würden wir nach einer „analogen" Bestimmung bei der Zahlung suchen. Die Zahlung wirkt stets ex nunc, niemals ex tunc.

Mit den angeführten Unterschieden glauben wir den Nachweis geführt zu haben, daß nach geltendem Recht Zahlung und Aufrechnung zwei grundverschiedene Gebilde sind, die nur das eine gemeinsam haben, daß sie beide schuldtilgend wirken. Eine Analogie zwischen Zahlung und Aufrechnung erweist sich damit als unzulässig. Dies läßt sogar ein Gegner unserer Anschauung gelten. Weismann (a. a. O. S. 5) schreibt: Dem Rechtssprichwort, Aufrechnung ist Zahlung, kann man in mehr als einer Beziehung den Satz entgegensetzen: Aufrechnung ist keine Zahlung. Um so seltsamer ist es, wenn nach diesem Bekenntnis Weismann

später (auf S. 28) den Satz „Aufrechnung ist Zahlung“ doch wieder zur Erklärung seiner Ansicht, daß die Aufrechnung gegen eine Nichtschuld gültig sei, heranzieht.

Die gegnerische Lehre von der Zulässigkeit der Aufrechnung gegen eine nichtbestehende Schuld verwertet die Zahlung noch weiter als Beweis für ihre These. Neben dem Analogieschluß aus Zahlung und Aufrechnung kehrt in der Literatur häufig das Argument wieder, wie in der Zahlung, liege auch in der Aufrechnung ein Dispositivakt, der gültig sei, auch wenn die Forderung, die gezahlt oder gegen die aufgerechnet wurde, in Wirklichkeit nicht bestand. Nur in seinen Wirkungen könne dieser Akt, wenn ein Irrtum vorliege, durch condictio indebiti rückgängig gemacht werden. Auch dieser Gedanke ist nicht neu. Schon Bähr[1]) spricht für den gemeinrechtlichen Kompensationsvertrag von einer Anerkennung der beiderseitige Forderungsposten. Für die einseitige Aufrechnung des BGB. ist dann die Idee wieder aufgenommen worden. Die Konstruktionen der einzelnen Anhänger der Theorie gehen auseinander. So sieht Stölzel[2]) in Anlehnung an Bähr in der Zahlung und in der Aufrechnung eine „Anerkennung“ der gegnerischen Forderung. Durch diese Anerkennung soll anscheinend die Passiv-Forderung, auch wenn sie noch nicht bestand, begründet werden. Die Aufrechnung ist sodann gegen eine bestehende Schuld erklärt worden. Ein solches schuldbegründendes Rechtsgeschäft kennt unser Gesetz aber nur in dem Schuldanerkenntnis, für das Vertragsform und Schriftlichkeit vorgeschrieben sind. Ein formloses, einseitiges Anerkenntnis erwähnt das BGB. nur in § 208 als einen der Gründe für die Unterbrechung der Verjährung. Jedenfalls ist dieses Anerkenntnis nicht schuldbegründend. Ebenso steht es mit dem Anerkenntnis der ZPO. (§ 307). Nach

[1]) Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund. S. 179.
[2]) a. a. O., an ihn anschließend Eck Vorträge S. 370.

richtiger Ansicht[1]) ist das Prozeßanerkenntnis nur ein prozessualer Akt und begründet keine materiellrechtlichen Wirkungen. Somit paßt die Stölzel'sche Theorie weder für die außergerichtlich noch für die im Prozeß erklärte Aufrechnung. Seine Konstruktion läßt sich, darin stimmen wir mit Leonhard (a. a. O. S. 205) überein, nicht halten.

Eine Art von Verfügung über die aufgerechnete Forderung scheint Hellwig[2]) anzunehmen, wenn er schreibt: Der Aufrechnende gibt durch einseitige Erklärung seine Forderung auf der Erklärung und zu dem Zwecke, die Gegenforderung zu tilgen. Auch Leonhard kann mit dem Ausspruch, Zahlung und Aufrechnung enthielten beide eine „rechtsgeschäftliche Tilgungsbestimmung" (a. a. O. S. 202) und mit den Worten „die Erklärung der Zahlung und der Aufrechnung sei ein einseitiges Rechtsgeschäft und bilde schon selbst eine genügende causa, sie mache die Leistung auch dann zu einer gerechtfertigten, wenn sie nicht geschuldet wurde" (S. 203/04), nichts anderes gemeint haben[3]). Diese Verfügung oder, wie wir nach Oertmanns Vorgang[4]) oben sagten, dieser „Dispositivakt" zu Gunsten einer nichtbestehenden Forderung läßt sich nun, da er eine Aufrechnung u. E. nicht sein kann, und wir ein Schuldanerkenntnis abgelehnt haben, nur als Erlaß konstruieren[5]). Der Erlaß ist aber nach dem BGB. ein Vertrag (§ 397) und nicht, was bei der Aufrechnung vorliegt, ein einseitiges Rechtsgeschäft. Würde man sich der abgelehnten Gegenmeinung anschließen, so würde

[1]) Vergl. Seuffert zu § 307 N. 3b S. 492, Degenkolb „Anerkenntnisurteil" in Beiträge zum Zivilprozeß S. 146 ff. Kisch bei Busch Bd. 34 S. 385 ff. Bülow Geständnisrecht S. 75 ff, Hellwig Anspruch S. 157/58.

[2]) a. a. O., ebenso Isay S. 73, Weismann a. a. O. S. 7, Kaufmann a. a. O. S. 254.

[3]) Vergl. hierüber auch Planck zu § 387 N. 2. S. 252.

[4]) Zu § 387 N. 4 S. 250.

[5]) Wir folgen damit den unserer Ansicht nach treffenden Ausführungen Sibers a. a. O. S. 92. 93 und Oertmanns a. a. O.

man damit einem Gläubiger, der wissentlich seine Forderung gegen eine Nichtschuld aufgerechnet und darum nach § 814 die Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung verloren hat, das Recht des einseitigen wirksamen Schulderlasses geben -- ein nach § 397 unmögliches Ergebnis, zu dem aber Hellwig[1]) von seinem Standpunkt aus folgerichtig gelangt. Er bemerkt: „Ich verliere meine Forderung ohne condictio indebiti, wenn ich sage: ich bin dem Kläger nichts schuldig, aber um die Sache kurz zu machen, rechne ich mit meiner Darlehnsforderung auf". Hierin liegt offensichtlich ein nur äußerlich als Aufrechnung bezeichneter Schulderlaß.

Wäre der Aufrechnung genannte Rechtsakt donandi causa erfolgt, so müßte die Gegenmeinung konsequent eine einseitige Schenkung annehmen. Denn bei der Schenkung kommt es, wie verschieden auch die Arten der Zuwendung sein mögen, auf den Zweck an, den der Schenker mit seiner Leistung verbindet. Die Schenkung ist ein Zweckgeschäft. Durch die Aufrechnungserklärung wird der Aufrechnende um den aufgerechneten Betrag ärmer, der Aufrechnungsgegner um die Forderung, die er nun nicht mehr zu erfüllen hat, reicher. Die Zuwendung ist unentgeltlich erfolgt, denn einen Gegenwert hat der Aufrechnende nicht empfangen. Mithin wären in dieser Aufrechnung alle Merkmale der Schenkung gegeben, und es läge sogar eine einseitige Schenkung vor. Das widerspricht dem Gesetz, das für das gültige Zustandekommen einer Schenkung einen Vertrag erfordert. Wäre die bekämpfte Theorie richtig, so hätte es der Gläubiger in der Hand, seinem Schuldner, der vielleicht von jedem nur gerade nicht von seinem Gläubiger ein Geschenk annehmen würde, durch einseitige Erklärung eine Schenkung aufzuzwingen.

Gegen die aus der gegnerischen Lehre gezogene Folgerung eines einseitigen Schulderlasses hat Leonhard (a. a. O.

---

[2]) a. a. O., ähnlich Leonhard a. a. O. S. 220. 221.

S. 174 und 218 19) eingewendet, wenn beide Parteien wüßten, daß gar keine Gegenforderung bestände, so läge ein Scheingeschäft vor und dieses wäre nach § 117 BGB. nichtig. Dieser Einwand greift aber nicht durch. Entweder nämlich befand sich der Aufrechnungsgegner in gutem Glauben und rechnete mit dem Bestehen seiner Forderung gegen den Aufrechnenden. Dann kann von einem „Einverständnisse", wie es § 117 voraussetzt, nicht gesprochen werden. Oder beide Teile kannten das Nichtbestehen der Gegenforderung, der Aufrechnungsgegner war also damit einverstanden, daß der Aufrechnende gegen eine nichtbestehende Schuld aufrechnete. Auch dann liegt kein Scheingeschäft vor. Denn die Aufrechnungserklärung wird nicht zum Schein, d. h. in der Absicht abgegeben, um in irgend einem Dritten Vorstellungen zu erwecken, die der Wahrheit nicht entsprechen, sondern die Aufrechnung ist ernstlich vom Erklärenden gewollt und vom Aufrechnungsgegner ernstlich entgegengenommen worden. Die Parteien wollen aufrechnen und haben dabei keine Hintergedanken.

Zur Verteidigung der Gegentheorie könnte auf § 117 Abs. 2 verwiesen werden. Man könnte sagen, Erlaß und Schenkung wären dissimuliert und bedürften darum der für diese Geschäfte vorgeschriebenen Vertragsform. Es wäre nicht angängig, aus der Gegenmeinung die Einseitigkeit dieser Geschäfte abzuleiten. Auch dieser Einwand wäre nicht durchschlagend. Das dissimulierte Rechtsgeschäft hat ein Scheingeschäft zur Voraussetzung. Wenn aber überhaupt kein Scheingeschäft vorliegt, so kann auch kein dissimuliertes Rechtsgeschäft angenommen werden. Ebensowenig würde der Hinweis auf § 116 Satz 2 nützen, wonach eine empfangsbedürftige Mentalreservation nichtig ist, wenn der Gegner den Vorbehalt kennt. Eine Mentalreservation kann bei der angenommenen Sachlage nicht unterstellt werden, weil der Aufrechnende sich nicht insgeheim vorbehält, das Erklärte nicht zu wollen, sondern gerade den Erfolg seiner Tätigkeit herbeizuführen bestrebt ist.

Die Verfügung über die aufgerechnete Forderung, die in der Vornahme einer Aufrechnung liegen soll, erweist sich somit als einseitiger Erlaß bezw. als einseitige Schenkung und steht daher mit dem Gesetz in Widerspruch. Sie kann nicht zur Erklärung der Zulässigkeit einer Aufrechnung gegen eine Nichtschuld verwertet werden.

3. Nichtschuld und einredebehaftete Schuld.

Neben den bisher vorgetragenen Beweisgründen für die Zulässigkeit der Aufrechnung gegen eine Nichtschuld spielt in der Literatur noch der Grund eine Rolle, daß unbestritten die Aufrechnung gegen eine durch Einrede entkräftete Forderung gültig ist. Besonderes Gewicht scheint Leonhard auf dieses Argument zu legen. Denn er gebraucht es zum Beweis seiner These an mehreren Stellen seiner Abhandlung[1]). Er folgert: zwischen einer durch Einrede entkräfteten und einer nichtigen Forderung besteht kein greifbarer Unterschied. Wenn also die Aufrechnung gegen die eine unbestritten gültig ist, so muß es auch die Aufrechnung gegen die andere sein. Es besteht aber doch ein Unterschied zwischen beiden Forderungen. Eine nichtige Forderung ist überhaupt keine Forderung, eine durch Einrede entkräftete, richtiger eine der Möglichkeit der Entkräftung durch Einrede ausgesetzte Forderung ist eine vollgültige Forderung, solange nicht von der Einrede Gebrauch gemacht wird[2]). Der Satz des römischen Rechts desinit debitor esse is, qui nanctus est exceptionem justam (D. 50, 17, 66) gilt heute nicht mehr. Das Bestehen der Einrede hebt allein die Verbindlichkeit noch nicht auf. Der Einredeberechtigte muß sein Recht geltend machen. Tut er es nicht, so wird es nicht

[1]). a. a. O. S. 171. 172/73, 179, 201/02.

[2]) Planck § 390 N. 3. S. 258, Schollmeyer § 390 N. 4. S, 341 f, Kipp bei Windscheid Bd. I § 43. S. 188. Bd. 2 § 290, S. 193, Hellwig Anspruch und Klagrecht S. 13 A. 22 Lehrbuch Bd. 1 § 36. S. 248, Siber S. 90, Weigelin S. 62/63, v. Mayr a. a. O. S. 466, 483.

berücksichtigt. Der Schuldner, der im Vertrauen auf seine Einrede nicht zur mündlichen Verhandlung erschienen ist, wird auf Antrag des Klägers durch Versäumnisurteil verurteilt. Der Richter darf das Einrederecht, auch wenn es ihm persönlich bekannt sein sollte, nicht würdigen, wenn der Beklagte sich nicht darauf beruft. Ebenso steht es bei der Aufrechnung. Rechnet jemand gegen eine einredebehaftete Forderung auf, so rechnet er gegen eine gültige und nicht gegen eine nichtige Forderung auf. Inwieweit er bei Unkenntnis der Einrede eine Ausgleichung verlangen kann, steht hier nicht zur Entscheidung und wird später besonders abzuhandeln sein. Der Vergleich zwischen einer nichtigen und einer durch Einrede entkräfteten Forderung kann jedenfalls nicht die Gegenansicht stützen.

Die positiven Gründe der Gegner sind damit erschöpft. Sie haben sämtlich nicht der Kritik stand zu halten vermocht. Die Ausnahme des § 357 klärte sich leicht als Grundsatz der Billigkeit auf. Der Vergleich zwischen Zahlung und Aufrechnung erwies sich im allgemeinen und in seiner Erweiterung, daß in der Aufrechnung wie in der Zahlung ein Dispositivakt liege, als unbrauchbar. Ebenso wurde die Unzulässigkeit des Vergleichs zwischen Aufrechnung gegen eine nichtige und Aufrechnung gegen eine einredebehaftete Schuld nachzuweisen gesucht.

§ 4. Verteidigung der eigenen Ansicht.

1. Die Rückwirkungstheorie.

Wir kommen nunmehr zur Begründung und Verteidigung der eigenen Ansicht, daß die Aufrechnung gegen eine nichtbestehende Schuld von vornherein ungültig sei.

Der erste und stärkste Beweisgrund liegt in der eigentümlichen Gesetzesvorschrift der Rückwirkung der Aufrechnungserklärung. Der § 389 bestimmt hierüber: die Aufrechnung bewirkt, daß die Forderungen, so weit sie sich decken, als in

dem Zeitpunkte erloschen gelten, in welchem sie zur Aufrechnung geeignet, einander gegenüber getreten sind. — Wenn die Aufrechnungserklärung auf den Zeitpunkt des kompensabelen Gegenüberstehens der Forderungen zurückwirkt, so ist eine gewisse Einwirkung der Forderungen auf einander schon vor der Aufrechnungserklärung anzunehmen. Eine Einwirkung zweier Forderungen auf einander ist aber nur denkbar, wenn sie wirklich vorhanden und voll wirksam sind.

Unser Beweissatz stützt sich auf die allgemeine Natur der Aufrechnung. Wir haben das bestrittene Gebiet der Frage betreten, welche Wirkung unser Gesetzbuch dem gegenseitigen aufrechenbaren Gegenübertreten der beiden Forderungen beigelegt hat. Aus dem zitierten § 389 ist mehrfach[1]) die Lehre gezogen worden, daß die eigentliche Ursache der Aufrechnung nicht die Aufrechnungserklärung (§ 388), sondern bereits das kompensabele Gegenüberstehen der Forderungen bildet. Die Aufrechnungserklärung macht nach diesen Schriftstellern nur die innerlich schon vor sich gegangene Aufrechnung nach außen hin offenkundig. Liebknecht (a. a. O.) faßt die Lehre in ein treffendes Schlagwort zusammen: Die Koexistenz der Forderungen ist Ursache, die Erklärung des Kompensanten ist Bedingung, Voraussetzung der Aufrechnung. Dieser Lehre, die lebhaft an die ipso iure-Theorie des Glossators Martinus und an den Satz des code civil: la compensation s'opère de plein droit par la seule force de la loie même à l'insu des débiteurs. (Art. 1290) erinnert, vermögen wir nicht zu folgen. Sie entbehrt der genügenden Stütze im Gesetz, wenn sie den Nachdruck auf die Aufrechenbarkeit legt. Der § 388 sagt deutlich, daß die Erklärung des Aufrechenden die Aufrechnung bewirkt, und § 389, der die Rückwirkung dieser Erklärung auf den Zeit-

[1]) Dernburg Lehrbuch II 1 § 127 II. S. 328, Liebknecht Vorbehaltungszahlung und Eventualaufrechnung S. 108, früher auch Oertmann Arch. für zivil. Prax. Bd. 13. S. 124/25, Bd. 14 S. 348, im Recht V S. 449.

punkt der Aufrechenbarkeit bestimmt, ist von § 388 abhängig und ohne ihn wirkungslos.

Immerhin hat das Gesetz, das kann nicht geleugnet werden, die Rückwirkung angenommen, und dem muß die juristische Konstruktion Rechnung tragen. Das übersehen u. E. die Schriftsteller, die im Gegensatz zu Dernburg das Hauptgewicht nicht auf die Aufrechenbarkeit, sondern auf die Aufrechnungserklärung legen. Sie sehen sich infolgedessen, da sie den § 389 nicht übergehen können, genötigt, die Rückwirkung mit Hilfe einer Fiktion zu erklären[1]). Es ist aber immer mißlich, die Fiktion zur Klarlegung eines Rechtsinstituts heranzuziehen, so lange noch eine andere Erklärung möglich ist. Diese Erklärung scheint uns die zwischen den beiden streitenden Theorien vermittelnde in einwandfreier Weise gefunden zu haben, sodaß wir uns ihr anschließen können. Wir sehen mit der Theorie der Protokolle und Motive die Ursache der Aufrechnung in der Aufrechnungserklärung und halten die Koexistenz der Forderungen nur für eine Voraussetzung der Aufrechnung. Das Hauptgewicht liegt damit in der Erklärung der Aufrechnung; darüber ist aber die Bedeutung der -- wir möchten sagen — Verfangenheit der beiderseitigen Forderungen, die mit dem Moment der Aufrechenbarkeit eintritt, nicht zu unterschätzen[2]).

[1]) Protokolle I S. 370. Motive II S. 107—109, Planck Vorbem. II vor § 387 S. 250, Kuhlenbeck-Staudinger Vorbem. vor §§ 387—396 S. 252, Schollmeyer Vorbem. 1 b vor § 387 S. 327, Rehbein zu §§ 387—396 Bem. 3 Abs. 2 S. 328, Bem. 22 Abs. 1 S. 347, Goldmann-Lilienthal § 113 Anm. 1 S. 427, Kaufmann zu § 389 N. 1 S. 261/62, Mathiaß I § 95 S. 441, Weismann a. a. O. S. 29, Siber S. 131/32, Langheineken im Recht VI S. 386, Leonhard a. a. O. S. 180, 208 ff, Feder a. a. O. S. 473/74, Lang S. 40. 59.

[2]) Diese zuerst von Kohler bei Busch Bd. 24 S. 32 aufgestellte Theorie gewinnt anscheinend ständig an Boden. Kohler nennt diese „Situation" eine „Vinkulierung der beiderseitigen Forderungen, die für die künftige Rechtsentwicklung bedeutsam sein kann". Vergl. hierzu auch Endemann I § 144 S. 824 und Hellwig Anspruch und Klagrecht S. 19/20, die von einem Schwebezustand sprechen, der seiner Aufhebung

Diese Theorie vermeidet unter Ablehnung der im gemeinen Recht wurzelnden Lehre Dernburgs in glücklicher Weise die Einseitigkeit der zweiten Theorie, die gewisse wichtige Rechtssätze nur als Ausnahmen zu erklären vermag. Die Verfangenheit der Forderungen kommt zum Ausdruck in der Regel, daß der debitor cessus trotz Fehlens der Gegenseitigkeit gegen den Zessionar eine ihm gegen den Zedenten zustehende Forderung aufrechnen kann (§ 406). Die Theorie der Motive kann diesen Fall nur als positive Ausnahme im Systeme registrieren. Ähnlich liegt es bei der Vorschrift, daß dem Bürgen eine dilatorische Einrede zusteht, solange sich der Gläubiger durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung des Hauptschuldners befriedigen kann. (770 Abs. 2). Die Gegenmeinung muß hier versagen, während wir hierin eine Bestätigung unseres Gedankens erblicken können. Mit der Aufrechenbarkeit sind die Forderungen verfangen, und diese Vorwirkung soll auch dem Bürgen zu Gute kommen. Die Forderungen bestehen aber noch, und darum wird die Verpflichtung des Bürgen nicht aufgehoben, sondern ihm nur ein Weigerungsrecht gegeben. Die Theorie hat den weiteren Vorzug, daß sie als eine vermittelnde dem Wortlaut des Gesetzes und zugleich dem Empfinden des wirtschaftlichen Lebens gerecht wird. Denn der Schuldner, der eine Gegenforderung hat, fühlt sich bereits von der Zeit an, zu der ihm die Möglichkeit aufzurechnen gegeben ist, nicht mehr als Schuldner.

Freilich fehlt es nicht an Einwänden gegen die vertretene Meinung. Leonhard S. 192 findet die vorgeschlagene Teilung in Verfangenheit der Forderungen als Vorwirkung und in Aufrechnungserklärung als Hauptwirkung der Aufrechnung unannehmbar. Sie widerspreche dem § 389, der die Aufhebung und die Rückwirkung als einen einheitlichen

durch die Aufrechnungserklärung harrt. Aehnlich Crome II § 193 S. 299, Cosack I § 111 S. 383 und neuerdings Enneccerus I § 294 S. 743/44, anscheinend auch Oertmann Vorbem. vor § 387 S. 247/48.

Erfolg bezeichne. Die Fassung des § 389 ist jedoch so neutral gehalten, daß sich für wie gegen jede einzelne Theorie etwas herauslesen läßt. Wichtiger ist der Einwand[1]), die Ausdrücke Schwebezustand oder rechtliche Gebundenheit seien keine faßbaren Begriffe, aus denen sich irgendwelche bestimmten Schlüsse ziehen ließen. Soviel mag zugegeben werden: dem Gesetz sind diese Ausdrücke als juristische Begriffe unbekannt. Aber sie können beim Fehlen einer zusammenfassenden Bezeichnung für Erscheinungen, wie es Aufrechenbarkeit, Anfechtbarkeit oder Schweben der Bedingung sind, einstweilen hingenommen werden. Es wird oft auch bei anderen dem Bedürfnis des Verkehrs angepaßten Rechtsinstituten schwer, sie unter die vorhandenen Typen des Systems zu bringen.

Unsere Theorie von der Rückwirkung der Aufrechnungserklärung und der rechtlichen Gebundenheit der beiden Forderungen seit der Aufrechenbarkeit stützt den an die Spitze gestellten Satz, daß zwei Forderungen, wenn sie auf einander einwirksam sollen, wirklich vorhanden sein müssen. Das erkennt auch Leonhard, der Wortführer unserer Gegner, an. Schließt man sich, so folgert er, (a. a. O. S. 179, 192) einer der Theorien, die dem Gegenüberstehen der Forderungen einen mehr oder minder großen Einfluß beimessen, an, so muß man notwendig zu dem Resultat kommen, daß die Aufrechnung gegen eine Nichtschuld unwirksam ist. Leonhard kann es darum mit Recht (S. 192) nicht verstehen, wie Kohler trotz der „Vinkulierung" der Forderungen die Aufrechnung gegen eine Nichtschuld gelten lassen will. Auch Leonhard kann nun zwar den § 389 nicht wegleugnen; meint aber, der hier ausgesprochene Grundsatz der Rückwirkung sei nur „in gewissem Umfang" (S. 181) vorgeschrieben, und will ihn möglichst einschränkend interpretiert wissen. Dem gegenüber hoffen wir den Nachweis zu er-

[1]) Leonhard a. a. O. S. 195.

bringen, daß das Gesetz die Rückwirkung als durchgehenden Grundsatz aufgestellt hat. Die Ausnahmen von der Rückwirkungstheorie, die Leonhard (S. 181 ff.) im Gesetz gefunden zu haben glaubt, und auf die er seine Ablehnung dieser Theorie stützt, wollen wir als nichtbestehend feststellen. Mit diesem Nachweis soll die Behauptung, die herrschende Lehre könne zum Beweise der Unwirksamkeit der Aufrechnung gegen eine Nichtschuld nicht die Verfangenheit und Beeinflussung der Forderungen im Zeitpunkt der Aufrechenbarkeit heranziehen (S. 179, 196) entkräftet werden.

Leonhard S. 181 glaubt zunächst im Gesetze selbst Beweise dafür gefunden zu haben, daß unser Gesetzbuch die Einwirkung der Forderungen auf einander durchaus nicht folgerichtig, sondern nur „in gewissem Umfang" durchgeführt hat. Er beruft sich auf den § 396 Abs. 1[1]). Hier wird der Fall geregelt, in dem die eine oder die andere Partei mehrere zur Aufrechnung geeignete Forderungen hat. Leonhard legt das Gesetz so aus: A. hat eine Forderung gegen B. und umgekehrt B. gegen A. Die Forderungen stehen in Aufrechnungslage. Nunmehr erwirbt A. eine zweite Forderung gegen B. Für diesen Fall habe das Gesetz dem aufrechnenden B. die Möglichkeit der Bestimmung, welche Forderungen gegen einander aufgerechnet werden sollen, gegeben, und B. könne nun, falls A. hiergegen nicht Widerspruch erhebe, die jüngere Forderung des A. als Aufrechnungsobjekt bestimmen. Hätte das Gesetz dies sagen wollen, so würde es damit allerdings eine Ausnahme von der „Vinkulierung" der aufrechenbaren Forderungen statuiert haben. Es hätte gestattet, daß der Aufrechnende die Aufrechnungslage, in der die beiden ersten Forderungen sich befanden, bevor die zweite Forderung gegen B. entstand, durch seine Aufrechnungsbestimmung zerstören könnte. Zu einer solchen Annahme nötigt jedoch § 396,1 nicht. Hier ist u. E. vielmehr der Fall ge-

[1]) Ebenso Feder a. a. O. S. 460.

regelt, daß A. bereits zwei Forderungen gegen B. besaß, etwa eine ältere und eine jüngere, als B. seine Forderung gegen ihn erwarb. Die Aufrechnungssituation trat in diesem Falle zwischen den beiden Forderungen des A. auf der einen und der Gegenforderung des B. auf der anderen Seite ein. Für diese Rechtslage war es nötig, eine Bestimmung zu treffen, in welcher Weise die Anrechnung der aufzurechnenden Forderungen gegen einander erfolgen solle. Der § 396, 1 gibt dem aufrechnenden Teile das Bestimmungsrecht. Damit aber der Aufrechnungsgegner nicht geschädigt werden könne, wenn der Aufrechnende etwa die von der Verjährung entferntere und darum kräftigere Forderung wählen würde, sollen die Vorschriften über die Anrechnung von Zahlungen eingreifen. Diese Bestimmung entspricht also nur praktischen Erwägungen und bedeutet keine Ausnahme vom Prinzip der Rückwirkung[1]). Der Fall, den Leonhard im Auge hat, würde dahin zu entscheiden sein, daß mit der Aufrechnungserklärung des B. die ältere Forderung des A., die zur Forderung des B. in Aufrechnungsbeziehung stand, bevor A. seine jüngere Forderung erwarb, erlischt. Ein Bestimmungsrecht des Aufrechnenden darf hier nicht angenommen werden; seine Annahme widerspräche dem Grundsatz der Kompensabilität, den das BGB. im § 389 deutlich zum Ausdruck gebracht hat.

Macht man sich aber einmal den Gedanken Leonhards zu eigen und betrachtet die Gegenforderungen vor der Aufrechnungserklärung noch nicht als verfangen, so gelangt man zu dem gleichen Resultat. Denn es bleibt dem Aufrechnungsgegner nach § 396 dann immer noch die Möglichkeit, einer ihm nicht genehmen Art der Aufrechnung zu widersprechen. Und mit dem Widerspruch wird in Verbindung mit § 366 nicht, wie Leonhard glaubt, das Alter der Forderungen an vierter, sondern bereits an zweiter oder

[1]) Vgl. Kohler bei Busch Bd. 24 S. 45/6.

in Wahrheit sogar an erster Stelle berücksichtigt. § 366 schreibt vor, daß zuerst gegen die fälligen Forderungen aufgerechnet werden solle. Diese Vorschrift kommt hier nicht in Betracht, weil die Passivforderung nach § 387 fällig oder zum mindesten bewirkungsfähig sein muß. An zweiter Stelle stehen dann die Forderungen zur Aufrechnung, die dem Gläubiger geringere Sicherheit bieten. In der Praxis wird stets die ältere, der Verjährung nähere Forderung als die dem Gläubiger geringere Sicherheit bietende angesehen werden. Darum wird auch, wenn man der Ansicht Leonhards folgt, die Aufrechnung in erster Linie als gegen die Forderung vorgenommen gelten, die am längsten schon mit der aufzurechnenden Forderung in Aufrechnungslage steht. Damit ist im praktischen Endergebnis die Rückwirkungstheorie wieder erreicht.

Eine Folgerung, die allgemein aus der Lehre von der Rückwirkung und der Beeinflußung der Forderungen gezogen wird, ist die, daß mit der Aufrechnungserklärung der Zinsenlauf der Forderungen von der Aufrechenbarkeit ab aufhört. In der Tat, wenn die Forderungen, soweit sie sich decken, mit der Aufrechnungserklärung als in dem Zeitpunkt erloschen gelten, in dem sie zur Aufrechnung geeignet einander gegenüber getreten sind, dann können die Zinsen von Forderungen nicht weiterlaufen, die in Wirklichkeit nicht mehr bestehen. Leonhard gibt dies im allgemeinen zu (S. 183 unten), trotzdem seiner Ansicht nach „das praktische Bedürfnis und die Verkehrsanschauung gegen den Zinsenausschluß“ sprechen; er glaubt aber im § 396 II. eine Bestimmung gefunden zu haben, die eine positive Ausnahme (S. 184 oben) von diesem Prinzip und damit gleichzeitig von der Rückwirkung mache. § 396 II. schreibt die entsprechende Anwendung des § 367 für den Fall vor, daß der aufrechnende Teil dem anderen Teile außer der Hauptleistung Zinsen und Kosten schulde, d. h. es soll die aufgerechnete Forderung zunächst auf die Kosten, dann auf die Zinsen und schließlich auf die Stamm-

forderung angerechnet werden. Anscheinend will Leonhard[1]) mit seinem Einwand sagen, daß die Zinsen in diesem Fall über den Zeitpunkt der Aufrechenbarkeit hinaus bis zur Aufrechnungserklärung weiterlaufen. Doch ist dies aus dem § nicht herauszulesen. Hier können nur die Zinsen und Kosten, die bereits zur Zeit der Aufrechenbarkeit bestanden, gemeint sein. Eine Ausnahme kann man hierin keineswegs erblicken, vielmehr nur eine Ergänzung des allgemeinen § 389 für Forderungen, auf denen Zinsen und Kosten lasten. Auch hier wirkt die Aufrechnungserklärung auf den Zeitpunkt des Gegenübertretens der Forderung zurück. Die aufgerechnete Forderung hat zunächst Kosten und Zinsen zu tilgen und wird erst sodann zur Aufrechnung gegen die Stammforderung verwendet. Der Teil der Stammforderung, der durch die aufgerechnete Forderung nicht getilgt worden ist, bleibt unberührt bestehen und verzinst sich fort. Wir sehen, auch dieser Einwand kann unser bisheriges Ergebnis nicht umstoßen.

Die Rückwirkung der Aufrechnungserklärung bezüglich der Zinsen ist nach Lippmann[2]) und Leonhard (S. 183, 195/6) des weiteren ausgeschlossen in einem Falle der Zwangsversteigerung. Der Hypothekengläubiger, der seine Hypothek herausgeboten und das Grundstück erstanden hat, kann nach beiden Autoren mit seiner Hypothekenforderung gegen die Kaufschuld aufrechnen. Alsdann sollen aber die Zinsen beider Forderungen bis zum Tage der Aufrechnung selbständig berechnet werden und nicht vom Tage der Aufrechenbarkeit an als gehemmt gelten. Diese Einwendung hält einer näheren Betrachtung nicht stand. Sie beweist nichts für die Theorie, daß die Rückwirkung im Gesetz keine Aufnahme gefunden hat, ja sie kann überhaupt nicht herangezogen werden, weil hier nur scheinbar eine Aufrechnung vorliegt. Voraussetzung der Aufrechnung sind zwei Personen, die wechselseitig Gläubiger und Schuldner sind. (§ 387). Hier ist jedoch nur eine

[1]) Ebenso Feder a. a. O. S. 459.

[2]) Bei Ihering Bd. 32. S. 171/72.

Person vorhanden, der Hypothekar, der gleichzeitig Ersteher ist. Von einer Aufrechnung kann deshalb nicht gesprochen werden. Wenn Jaeckel[1]) in diesem Falle die Aufrechnung zuläßt, so will er diesen Begriff wahrscheinlich nicht technisch als Erlöschensgrund für zwei sich entgegenstehende Schuldverhältnisse gefaßt haben, sondern etwa in dem Sinne von Abrechnung aus logischer Erwägung. Denn der Kaufpreis, zu dem das Grundstück dem Hypothekar zugeschlagen wurde, ist zwar nominell unter Einschluß der Hypothek des Erstehers berechnet worden, in Wahrheit aber ist er von vornherein um diesen Betrag niedriger. Das leuchtet sofort ein, wenn man in Erinnerung an die Wertparzellentheorie, die Wertparzelle, die der Hypothek des Erstehers entspricht, bereits wirtschaftlich als zu seinem Vermögen gehörig betrachtet. Was dem Ersteher schon gehört, braucht er nicht noch einmal zu bezahlen. Außerdem ist es juristisch undenkbar, wie jemand sein eigener Schuldner oder Gläubiger sein kann. Und das wäre der Fall, wenn der Ersteher sich selbst als Hypothekar den Betrag der Hypothek schuldete und als Hypothekar von sich selbst als Ersteher die Hypothek zu fordern hätte. Da also eine Aufrechnung nicht vorliegt, können auch die Grundsätze über Aufrechnung nicht angewendet werden. Der Umstand, daß keine Rückziehung hinsichtlich der Zinsen stattfindet, spricht mithin nicht gegen das Prinzip der Rückwirkung.

Als letzten unmittelbar dem Gesetz entnommenen Beweis gegen die nur eingeschränkt durchgeführte Rückwirkung der Aufrechnung führt Leonhard (S. 184) den uns schon bekannten § 357 ins Feld. Wäre die Rückwirkung konsequent eingehalten, so müßte die Aufrechnungserklärung ohne weiteres den Rücktritt aufheben, und nicht bloß dann, wenn sie unverzüglich nach der Erklärung des Rücktritts erfolge.

---

[1]) Kommentar zu § 117. ZwVG. N. 1 N. 426. § 118 N. 2 S. 429.

Leonhard fühlt selbst, daß das Gesetz mit dem Verlangen einer unverzüglichen Erklärung die Rückwirkung nicht ausschließen wollte. Sonst hätte es die Aufrechnung ganz und gar verbieten können. Die „unverzügliche" Erklärung ist nur eine gesetzgeberische Vorschrift, die aus dem Bestreben erwachsen ist, klare Rechtsverhältnisse zu schaffen. Ebenso liegen die noch von Leonhard hierher gewählten Fälle, in denen eine Verfallsklausel oder Vertragsstrafe ausbedungen ist, und der gleichfalls oben schon berührte Fall des § 554 Abs. 2.

Leonhard sucht die Theorie der Rückwirkung nicht nur als dem Gesetze widersprechend, sondern auch als unhaltbar in ihren Folgerungen aufzuzeigen. Er behandelt zunächst die Frage nach der Verteilung der Prozeßkosten in dem Falle, daß B. auf Zahlung verklagt, eine Gegenforderung gegen A. aufrechnet und Abweisung erzielt. Wir sind, von dem Gedanken der Rückwirkung ausgehend, der Ansicht daß wie gewöhnlich, der unterlegene Teil die Kosten tragen muß, d. h. der abgewiesene Kläger. Die Aufrechnungserklärung wirkt auf den Zeitpunkt des kompensabelen Gegenübertretens der Forderungen zurück, und die klägerische Behauptung war eigentlich schon bei der Erhebung der Klage ungerechtfertigt. Leonhard (S. 184) findet diese Entscheidung sehr unbillig, und Weismann[1]) und Foertsch[2]) treten ihm hierin bei. In Wahrheit sei durch die Aufrechnung erst nach der Klagerhebung erfüllt worden, und der Erfüllende, also der Beklagte, müsse deshalb die Kosten tragen. Es spielt hier widerum unsichtbar die „Analogie der Zahlung" herein, bei der allerdings der Beklagte, wenn er sie nach Klagerhebung vollzieht, die Prozeßkosten tragen muß. Hier aber konnte ebensogut wie der Beklagte, der Kläger selbst die Aufrechnung erklären und sich hierdurch befriedigen. Wußte er, daß der Beklagte aufrechnen konnte,

[1]) Bei Busch Bd. 26. S. 36/37.
[2]) Bei Gruchot Bd. 42. S. 229.

und klagte er trotzdem, so handelt er unbillig und trägt die Prozeßkosten mit Recht. Wußte er nicht, daß der Beklagte aufrechnen konnte, so muß er, wenn sein Gegner aufrechnet, die Folgen seiner Unkenntnis auf sich nehmen, und die Kosten des Rechtsstreits bezahlen. Es hilft ihm auch nicht, wenn er, was Leonhard (S. 185) voraussetzt, den Antrag auf Verurteilung zurücknimmt, und nur noch bezüglich der Kosten aufrecht erhält. Die Kostentragung des Klägers ist durchaus gerechtfertigt.

Aber es gibt Fälle, in denen der Kläger vom Gesetz die Aufrechnung verwehrt ist (§§ 393. 395). Muß hier die Kostenlast anders verteilt werden? U. E. bleibt es auch hier bei der Hauptregel: der abgewiesene Kläger muß die Kosten tragen. Wer vorsätzlich eine unerlaubte Handlung begangen hat, darf nicht gegen die Forderung des Verletzten aus diesem Delikt aufrechnen (§ 393). Es ist nur billig, daß der Täter, wenn er aus einer anderen Forderung gegen den Verletzten klagt und durch Aufrechnung zurückgewiesen wird, die Kosten trägt. Auch daß er selbst nicht aufrechnen kann, schützt ihn nicht. Der Gesetzgeber will gerade den Täter zwingen, mit der Klage aus seiner Forderung solange zurückzuhalten, bis er den Deliktsanspruch des Verletzten berichtigt hat. — Ganz analog ist § 394 gelagert, auf dessen sozialen Wert oben hingewiesen wurde. Hier rechtfertigt noch die moralische Erwägung das juristische Ergebnis. Es ist unsozial gedacht und gehandelt, eine Forderung vom wirtschaftlich Schwächeren einzutreiben, dem man selbst noch schuldet. Zuerst ist dem Arbeiter der Lohn auszuzahlen und dann kann im Klagewege wegen einer Gegenforderung vorgegangen werden. — Nach § 395 kann ein Staatsbürger, der eine Forderung gegen die Staatskasse x hat und der Staatskasse y einen gleichartigen bewirkungsfähigen Betrag schuldet, nicht aufrechnen. Dagegen kann der Staat gegenüber der Klage gegen seine Kasse x mit der Forderung seiner Kasse y aufrechnen, und der Kläger muß

dann gemäß unserer Regel die Prozeßkosten tragen. Der Staat steht sich also in jedem Falle besser. Die Bestimmung des Gesetzes ist im Interesse einer geordneten Kassenführung getroffen worden, und man könnte sie vielleicht als ein Privileg des Fiskus betrachten. „Unmöglich", wie Leonhard (S. 185) meint, ist dieses Ergebnis hinsichtlich der Prozeßkosten darum noch nicht. Wenn der Kläger sicher sein will, so mag er erst seine Schuld an die Kasse y begleichen und dann gegen die Kasse x klagen. Damit hat er die Aufrechnungslage zerstört und braucht jetzt eine Aufrechnungserklärung nicht mehr zu fürchten. Zu seinem Gelde wird er sicherlich kommen, denn fiscus semper solvendo est. Das Ergebnis ist: Die Kosten sind auch in den Fällen der §§ 393—395 nach den Grundsätzen der Rückwirkung der Aufrechnungserklärung zu verteilen.

Des weiteren behauptet Leonhard (S. 189) müßte die folgerichtige Rückwirkung „dahin führen, daß der Schuldner, der schon gezahlt hat, noch durch nachträgliche Aufrechnung die Schuld in eine Nichtschuld verwandeln und so seine Leistung zurückfordern könnte". Zu einer solchen Folgerung nötigt die Rückwirkung keineswegs. Die Aufrechnungslage gewährt nur ein Recht des rechtlichen Könnens, ein Gestaltungsrecht, dessen man sich bedienen kann, aber nicht zu bedienen braucht. Bleibt die Aufrechnungsmöglichkeit ungenutzt, wird z. B. gezahlt statt aufgerechnet, so ist das Recht zur Aufrechnung unwiederbringlich dahin. In der gegenteiligen Ansicht läge eine Ueberspannung der Rückwirkung. Wiederum hat sich gezeigt, daß die Theorie der Rückwirkung der Aufrechnungserklärung und der Beeinflußung der beiderseitigen Forderungen und mit ihr das Argument, daß nur wirksame Forderungen solcher Beeinflußung unterliegen, in nichts erschüttert worden ist.

2. Die Eventualaufrechnung.

So gibt uns schon die allgemeine Natur der Aufrechnung in der Rückwirkung der Aufrechnungserklärung einen

ſtarken Beweis für die Unläſſigkeit der Aufrechnung gegen eine Nichtſchuld. Eine weitere Unterſuchung beſtätigt dieſes Ergebnis. Die Wiſſenſchaft iſt ſich jetzt wohl allgemein darüber einig, daß die Eventualaufrechnung, die Aufrechnung unter der Bedingung des Beſtehens der Gegenforderung, zuläſſig und gültig iſt, trotzdem § 388 Satz 2 Aufrechnungen unter einer Bedingung oder Zeitbeſtimmung verbietet. Die Zuläſſigkeit der Eventualaufrechnung, die durchaus auch dem Bedürfnis des Verkehrs entſpricht, findet ihre beſte Erklärung mit Hilfe unſerer Theorie von der Unzuläſſigkeit der Aufrechnung gegen eine Nichtſchuld. Eine Aufrechnung unter der Bedingung des Beſtehens der Gegenforderung iſt keine bedingte Aufrechnung. Denn das Beſtehen der Gegenforderung iſt Vorausſetzung der Aufrechnung, und ſeine Einkleidung in die Form einer Bedingung iſt eine condicio juris, von der § 388 nicht ſpricht. Auch dieſes Argument will Leonhard (S. 175) nicht gelten laſſen. Die Bedingung ziele nicht auf die Gültigkeit der Gegenforderung ab und ſei darum eine Rechtsbedingung, ſondern ſie ſei darauf geſtellt, daß der Richter die Klageforderung, gegen die eventuell die Aufrechnung erklärt ſei, zuerkenne. Das iſt U. E. nicht richtig. Das Zuerkenntnis des Richters iſt nicht ſelbſt die Bedingung, ſondern nur die Vorausſetzung der Bedingung, unter der die Aufrechnung erklärt wird. Die eigentliche Bedingung iſt das Beſtehen der Gegenforderung. Hat der Richter fälſchlich das Beſtehen der Gegenforderung feſtgeſtellt, ſo iſt damit die Gegenforderung nicht entſtanden. Eine Aufrechnung bleibt hier immer eine Aufrechnung gegen eine Nichtſchuld. Nur iſt denkbar, daß die Rechtskraft des Urteils, ſofern nicht etwa die Vorausſetzungen für die Wiederaufnahme des Verfahrens gegeben ſein ſollten, eine Umſtoßung und Verbeſſerung des Urteils verbietet. Was ſodann die Behauptung anlangt, die Ableitung der Eventualaufrechnung aus einer condicio juris könne nicht erklären, warum eine Eventualaufrechnung auch

für den Fall des Nichtbestehens einer Einrede zulässig sei, so ist zu erwidern: allerdings ist die Freiheit von einer Einrede nicht Voraussetzung für die Forderung, gegen die aufgerechnet werden soll; aber wenn sie auch nicht condicio juris ist, so ist sie doch condicio in praesens collata. Denn zur Zeit der eventuellen Aufrechnung ist es bereits klar, ob die Einrede besteht oder nicht. Eine Bedingung, ein zukünftiges ungewisses Ereignis, liegt also nicht vor und § 388 kann darum keine Anwendung finden. Somit wäre auch für diese Fälle eine Erklärung gegeben, die uns schlüssiger zu sein scheint, als die von Leonhard für die Eventualaufrechnung vorgeschlagene. Leonhard (S. 200) sieht in Konsequenz seiner Auffassung, daß die Passivforderung nicht zu bestehen brauche, die Eventualaufrechnung als unter einer wahren Bedingung abgegeben an. Da die bedingte Aufrechnungserklärung verboten ist, ist Leonhard, um das wichtige Institut nicht gänzlich fallen lassen zu müssen, genötigt, es aus einer „Zwangslage" heraus zu rechtfertigen und damit auf jede Konstruktion zu verzichten. Dieses Radikalmittel läßt sich, wie wir sahen, an der Hand der Unmöglichkeit der Aufrechnung gegen eine Nichtschuld vermeiden.

3. Gesetz und Sprachgebrauch.

Das Ergebnis der bisherigen Untersuchung ist, daß die Aufrechnung gegen eine nicht bestehende Schuld unwirksam ist. Eine Nichtschuld ist, wenn es gestattet ist, einen treffenden, aus dem Strafrecht geläufigen Ausdruck zu gebrauchen, ein untaugliches Objekt, weil unumgängliche Voraussetzung der Aufrechnung zwei gültige Forderungen sind. — Gewiß ist der Wortlaut des Gesetzes allein zum Beweise einer Theorie nicht ausschlaggebend; aber er vermag ein gewonnenes Ergebnis zu bekräftigen. So mag nunmehr zur Stützung unserer Darlegungen auch der Wortlaut des § 387, auf den eingangs dieser Abhandlung bereits ver-

wiesen wurde, herangezogen werden. Vielfach wird aus ihm allein schon die Unmöglichkeit der Aufrechnung gegen eine Nichtschuld geschlossen[1]). Denn es heißt: Schulden zwei Personen einander Leistungen — ein Tatbestand, der offenbar nicht zutrifft, wenn die eine Leistung eine Nichtschuld war. Weiter ist im § 389 von dem gleichzeitigen Erlöschen beider aufrechenbaren Forderungen die Rede[2]). Dies beiderseitige Erlöschen kann naturgemäß nicht eintreten, wenn nur auf einer Seite eine Forderung vorliegt.

Für die hier vertretene Ansicht spricht ferner bedeutsam die sinnliche Vorstellung, die man mit einer Aufrechnung verbindet, und die im Worte selbst ihren Ausdruck gefunden hat. Die Bezeichnung des Rechtsinstituts ist ursprünglich dem Bilde der Wage entnommen. Das tritt in dem lateinischen Wort compensatio, Abwägung, noch deutlich zutage. Ein Ausgleich, wie er durch compensatio erreicht werden soll, kann nur eintreten, wenn beide Wageschalen mit gleich schweren Gewichten belastet sind. Ist nur die eine Seite belastet, die andere nicht, so kommt die beabsichtigte Ausgleichung nicht zustande. Die deutsche Sprache wird nicht, wie das Lateinische, von der Vorstellung eines Bildes aus der Physik beherrscht, sondern zieht, indem sie von Abrechnung (so das ALR.) oder von Aufrechnung spricht, ein Bild aus der Mathematik heran. Der Grundgedanke bleibt derselbe. Nur wenn wirklich zwei Forderungen bestehen, können sie gegen einander abgerechnet werden, kann ein Ausgleich erzielt werden. Dem positiven Werte auf der einen muß ein gleich hoher Wert auf der anderen Seite entsprechen.

[1]) Schollmeyer zu § 387 N 1d. S. 332. Planck zu § 387 N. 2 S. 252. Eccius bei Gruchot Bd. 42. S. 254.

[2]) Kipp bei Windscheid Bd. II. § 349, 3a. S. 479. Crome Bd. II. § 192. S. 296/97 Oertmann a. a. O. Liebknecht a. a. O. S. 123.

4. Billigkeit des Ergebnisses.

Wir sind am Ziele. Unsere Untersuchung hat die Unzulässigkeit der Aufrechnung gegen eine nicht bestehende Schuld ergeben. Die Betrachtung wäre aber nicht vollständig, würden wir nicht noch, gestützt auf das gewonnene Ergebnis, zu den Stimmen der Literatur Stellung nehmen, die unsere Theorie als unbillig in ihren Folgerungen verwerfen. In erster Reihe der Gegner steht hier wiederum Leonhard. Die Unwirksamkeit der Aufrechnung bringt es mit sich, daß die Verjährung des aufgerechneten Anspruchs ohne Hemmung oder Unterbrechung fortläuft und sich in der vorgeschriebenen Zeit vollendet. Will nun der Aufrechnende später seine durch Aufrechnung nicht erloschene Forderung von neuem einklagen, so wird ihm häufig die Einrede der Verjährung entgegenstehen. Hierhin kann, das soll nicht geleugnet werden, eine Unbilligkeit für den Aufrechnenden, der seine Forderung im Wege der Aufrechnung bereits eingetrieben glaubte, liegen. Hart ist das besonders bei den kurzen Verjährungsfristen. Der Aufrechnende wird für die Unachtsamkeit, die darin liegen kann, daß er sich nicht vergewisserte, ob der Gegenanspruch auch bestehe, empfindlich durch die Verjährung und Undurchsetzbarkeit seines Anspruchs bestraft. Andererseits ist diese Folgerung aus dem rechtspolitischen Grund der kurzen Verjährungsfristen, in den Forderungen des täglichen Lebens klare Verhältnisse zu schaffen und die Gläubiger zur Aufmerksamkeit und zur rechtzeitigen Verfolgung ihrer Rechte anzuspornen, verständlich. In den Fällen der dreißigjährigen Verjährung ist das Ergebnis schließlich weniger schmerzlich. Wer sich 30 Jahre hindurch noch nicht die Kenntnis von dem Nichtbestehen der dem Gegner angeblich zustehenden Forderung verschafft hat, der ist nicht zu bedauern, wenn er durch die Verjährung mit seinem Anspruch ausgeschlossen wird. Ihm könnte auch der Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung, der ja auch in 30 Jahren verjährt, nicht helfen. Sodann ist zu

bemerken, die weitaus größte Zahl der Aufrechnungen gegen eine nicht bestehende Schuld wird im Prozesse vorkommen. A. klagt, ob wissentlich oder unwissentlich sei dahingestellt, eine von B. bereits bezahlte Schuld ein, B. rechnet mit einer gültigen Forderung gegen die erloschene Schuld auf. Für diesen Fall hat das BGB. im § 209 Abs. 2 Nr. 3 vorgesorgt. Durch die Geltendmachung der Aufrechnung im Prozesse tritt Unterbrechung der Verjährung ein und dauert bis zur rechtskräftigen Entscheidung oder anderweitigen Erledigung fort. (§ 215 Abs. 1). Die Unterbrechung gilt aber als nicht erfolgt, wenn nicht binnen sechs Monaten nach der Beendigung des Prozesses Klage auf Befriedigung oder auf Feststellung des Anspruchs erhoben wird (§ 215 Abs. 2). Der aufrechnende Beklagte hat also, wenn sich die Nichtigkeit der Klageforderung und damit die Unwirksamkeit der erklärten Aufrechnung herausstellen sollte, sechs Monate nach Beendigung des Prozesses gewonnen, um seine Forderung von neuem einklagen zu können. Sind die 6 Monate ungenutzt verstrichen, so setzt sich die alte Verjährung fort und vollendet sich in der gesetzmäßigen Zeit. In den meisten Fällen wird aber dieser Zeitgewinn genügen.

Der zweite Einwand wird gegen die Verteilung der Beweislast im neuen Prozesse gegen den ehemaligen Aufrechnungsgegner erhoben[1]). Beruft sich der Beklagte in dem neuen Rechtsstreit auf die erfolgte Aufrechnung und die damit verbundene Tilgung der jetzt eingeklagten Forderung, so muß er sowohl die Vornahme der Aufrechnung als auch das damalige Bestehen seiner Gegenforderung beweisen. Das wird als unbillig angesehen. Der Aufrechnungsgegner des ersten Prozesses hätte nach erfolgreicher Aufrechnung, die ja in jedem Falle gültig sei, auch als sorgsamer Hausvater alle Beweismittel für die Gültigkeit seiner Forderung aus der

[1]) Kohler Lehrbuch II. S. 184, Weismann bei Busch Bd. 26 S. 28, Leonhard a. a. O. S. 220.

Hand geben dürfen. Die Beweislast müsse nicht den Beklagten sondern den mit der condictio vorgehenden Kläger treffen, der darlegen und beweisen müsse, daß er gegen eine nicht bestehende Schuld aufgerechnet habe. Diese Beweisführung gegen die Unzulässigkeit der Aufrechnung gegen eine Nichtschuld entfällt ohne Zweifel für den Fall, daß dem Aufrechnungsgegner das Nichtbestehen seiner Forderung gegen den Aufrechnenden bekannt war. Es ist dolos von mir gehandelt, wenn ich meinen Gläubiger, der mir seinerseits zu schulden glaubt, ruhig mit seiner gültigen Forderung gegen meine nur in seiner Einbildung bestehende Forderung aufrechnen lasse, ohne ihn auf seinen Irrtum aufmerksam zu machen. Die Aufrechnung ist dann ungültig und mein Gläubiger kann seine Forderung von neuem bei mir einfordern. Ganz zu Recht wird mir für mein gegen Treu und Glauben verstoßendes Verhalten die Beweislast auferlegt, wenn ich jetzt der neuen Klage gegenüber noch behaupte, damals eine Forderung an meinen Gegner gehabt zu haben. Die Gegenmeinung, die meinem Gegner die Beweislast für seinen Bereicherungsanspruch auferlegt, dürfte nicht gerade der Billigkeit entsprechen. Aber auch im anderen Fall, wenn ich gleichfalls wie mein Gegner von der Gültigkeit meiner Forderung gegen ihn überzeugt war, liefert unsere Ansicht kein unannehmbares Ergebnis. Zwar bleibt auch hier die Beweislast für das Bestandenhaben meiner Forderung bei mir, aber diese Last wird mir durch das Eingreifen der Verjährung, die wir hier in ihrem segensreichen Wirken kennen lernen, erleichtert.

Kürzer können wir uns fassen in der Abwehr des Angriffs, daß die vertretene Meinung infolge Ablehnung der Bereicherungsklage folgerichtig die Anwendung des § 814 ausschließen muß[1]). Gerade hierin liegt, wie uns scheinen will, ein Vorzug vor der gegnerischen Meinung. Wir ver-

[1]) Leonhard a. a. O. S. 220/1.

meiden damit, wie oben darzulegen versucht wurde, den Fehler, den einseitigen Erlaß oder die einseitige Schenkung zu proklamieren.

Nach unserer Theorie bleiben mit der Hauptforderung auch die Zinsen bestehen und laufen fort. Wer (wie Leonhard S. 221/2) hierin eine Unbilligkeit für den Aufrechnungsgegner und Beklagten im neuen Prozesse erblickt, der vertritt einseitig dessen Interesse. Für gewöhnlich wird gerade der Aufrechnende an der Aufrechnung, die sich später als unwirksam herausstellt, schuldlos sein. Er wird fast stets das Bestehen der Gegenforderung irrtümlich angenommen haben. Denn ihm selbst ist gewiß mit einer gültigen Aufrechnung, durch die er glatt befriedigt wird, mehr gedient als mit einer in ihrem Ausgang immerhin zweifelhaften Klage. In den meisten Fällen wird vielmehr die Urheberschaft der Verwirrung auf seiten des Aufrechnungsgegners liegen, der es trotz Kenntnis seiner Nichtforderung unterließ, den Aufrechnenden darauf aufmerksam zu machen. Und dann trifft ihn die aufgelaufene Zinsenlast ganz mit Recht. Sollte aber wirklich der Aufrechnende den Irrtum des Gegners über seine Forderung benützt und aufgerechnet haben, um dann hinterher schikanös mit einer neuen Klage aus der durch die ungültige Aufrechnung ungetilgten Forderung hervorzutreten, so bleibt dem Beklagten des neuen Prozesses immer noch die Möglichkeit, sich auf Grund der Schikane seines Gegners mit einer Schadensersatzklage für seine etwaigen Ausfälle zu decken. Ein Gleiches gilt für die Bürgen, wenn sie nachträglich, als sie sich längst befreit glauben, in Anspruch genommen werden sollten. Entweder der Aufrechnungsberechtigte handelt schikanös gegen sie, so erwächst ihnen ein Schadensersatzanspruch, oder der Hauptschuldner handelte dolos gegen den Aufrechnenden, dann müssen die Bürgen weiter für seine Handlungen einstehen.

Die letzte Unbilligkeit, die Leonhard (S. 222/3) unserer Theorie nachzuweisen hat, findet er in folgendem

Falle. „A. hat gegen B. eine Forderung x und umgekehrt B. gegen A. eine Forderung y und eine angebliche Forderung z. A. rechnet mit x gegen z auf. Nachdem die andere Forderung y verjährt ist, stellt sich heraus, dann z ungültig gewesen war und nach der Gegenansicht daher auch die Aufrechnung. Daraus folgt dann, daß die ganze Zeit über die Forderung x unberührt geblieben ist und daß B. nun seine verjährte Forderung y gegen diese aufrechnen kann". (§ 390). Dieses Ergebnis sei ungerechtfertigt. Was die rechtliche Seite der Ausführungen Leonhards anlangt, so ist hiergegen nichts einzuwenden. Worin aber für A. eine so große Schädigung liegen soll, leuchtet nicht so recht ein. Zur zweckmäßigen Betrachtung werden zwei Fälle, die verschieden zu behandeln sind, zu unterscheiden sein. Zunächst mag angenommen werden, B. habe nicht gewußt, daß seine Forderung z nicht zu recht bestand, sondern habe es erst wie A. nachträglich erfahren. B. hat dann nicht arglistig gehandelt, und man wird es ihm gönnen, ohne einen Zwiespalt zwischen der juristischen Konstruktion und dem rechtlichen Empfinden feststellen zu müssen, wenn er jetzt noch die verjährte Forderung y gegen x aufrechnen kann. Allerdings hatte B., wie Leonhard richtig betont, ein Interesse daran, gerade weil er z und damit die Aufrechnung von x gegen z für rechtmäßig hielt, seine Forderung y einzuklagen, um sie nicht verjähren zu lassen. In den meisten Fällen wird dies auch geschehen. Es ist aber immerhin denkbar, daß er es aus irgend einem Grunde unterlassen oder vergessen hat. Dann erhält er jetzt, nachdem sich die Unwirksamkeit der Aufrechnung x gegen z herausgestellt hat, nachträglich noch das Aufrechnungsrecht. Mit dieser Lösung der Sachlage kann auch A. zufrieden sein. Denn er wird sich eingestehen müssen, daß er insofern bei der Aufrechnung x gegen z leichtsinnig war, als er sich vor der Aufrechnung über das Bestehen von z vergewissern mußte. Der zweite mögliche Fall ist der, daß B. Kenntnis von dem Nichtbestehen von

z hatte und dem A. arglistig die Gegenforderung vorgespielt, ihn vielleicht gar zur Aufrechnungserklärung veranlaßt hat. Bei dieser Sachlage scheint es freilich dem Rechtsempfinden zu widersprechen, wenn B. für diesen Streich noch obendrein mit der Möglichkeit der Aufrechnung von y gegen x belohnt und der gutgläubige A. um seine Forderung x geprellt werden sollte. In Wirklichkeit aber hat B. mit seiner Betrügerei garnichts erreicht. Dann hätte er z nicht vorgespiegelt, so hätte er y von vornherein gegen x aufrechnen können. Es bleibt sich schließlich gleich, ob y früher oder später durch Aufrechnung getilgt wird. A. verliert hierbei nichts. Der Erfolg bleibt stets der, daß die Forderungen x und y, wie es rechtmäßig ist, untergehen.

2. Kapitel.

Die Aufrechnung gegen anfechtbare Schulden.

§ 1. Die Aufgabe. Die Fälle der Anfechtbarkeit.

War über die Frage nach der Gültigkeit der Aufrechnung gegen eine Nichtschuld eine ansehnliche Literatur und durch die mehrfach erwähnten Aufsätze Leonhards und Oertmanns auch bereits eine monographische Darstellung pro und contra zu verzeichnen, so ist die Frage, der wir uns jetzt zuwenden wollen, bisher selten zum Gegenstand näherer Betrachtung gemacht worden. Nur gelegentlich und dann in kurzen, knappen Sätzen wird der Aufrechnung gegen eine anfechtbare Schuld gedacht. Eine ausführlichere zusammenfassende Darstellung fehlt ganz. Meist wird die Aufrechnung für gültig gehalten und die Frage bejaht[1]). Matthias[2]) ist der einzige und bekannt gewordene Schrift-

[1]) Crome II. § 192 S. 297, Oertmann II. zu § 390 N. 4 d. S. 256 und Recht V S. 450, Weigelin S. 61, Lang S. 5—8, Mayr Bereicherungsanspruch S. 467 N. 2.

[2]) Lehrbuch I. § 95 S. 433.

steller, der einen ablehnenden Standpunkt einnimmt. Er verneint die Zulässigkeit der Aufrechnung gegen eine anfechtbare Schuld, gibt aber in seiner kurzen Notiz leider keine nähere Begründung.

Um selbst eine Antwort auf die gestellte Frage zu finden, wird ein Überblick über die möglichen Fälle der Anfechtbarkeit angezeigt sein. Wir lernen so das zu verarbeitende Material kennen. Das BGB. verwendet den Ausdruck „Anfechtung" nicht selten. Ein Rechtsgeschäft oder Rechtsinstitut soll nicht wie bei der Nichtigkeit von vornherein ohne jede rechtliche Wirkung bleiben, sondern einstweilen ein wirksames Bestehen haben. Aber dem Berechtigten ist die Möglichkeit gegeben, die eingetretene Wirkung durch seine Willenserklärung rückwärts zu vernichten. Aus der Zahl der im Gesetz aufgezählten Anfechtungsfälle scheiden für unsere Betrachtung ohne weiteres die Fälle aus, in denen es sich um eine Anfechtung im prozessualen Sinne handelt. §§ 62. 115). Für unsere spezielle Frage der Aufrechnung müssen ferner aus natürlichen Gründen alle Fälle der Anfechtung im Familienrecht §§ 1330 ff, 1341, 1350, 1591, 1593 ff, 1599, 1704, 1731, 1755) und die Mehrzahl der Anfechtungsmöglichkeiten im Erbrecht (§§ 1956, 2308, 2340, 2345) ausgesondert werden. Es bleibt somit zur Betrachtung übrig die Anfechtung gewöhnlicher Forderungen wegen Irrtums und unrichtiger Übermittelung (§§ 119. 120) und wegen Zwangs und Drohung (§ 123). Denkbar ist aber auch eine Aufrechnung gegen anfechtbare Schulden im Erbrecht, nämlich bei Schulden auf Grund einer anfechtbaren letztwilligen Verfügung oder eines anfechtbaren Erbvertrags. Man kann sich folgende Fälle, die gleichzeitig als Beispiele für andere Aufrechnungen gegen anfechtbare Forderungen dienen können, konstruieren. Der Bedachte A. hat gegen B. als Beschwerten eine Forderung (§ 2174) aus einem nach §§ 2078. 9 anfechtbaren Vermächtnis. B. hat gegen A. eine

normale Forderung aus gültigem Geschäft. Da alle sonstigen Voraussetzungen der Aufrechnung, insbesondere Gleichartigkeit und Fälligkeit gegeben sind, so rechnet B. mit seiner gültigen Forderung gegen die anfechtbare Vermächtnisforderung auf. Oder: in einem anfechtbaren Erbvertrage zwischen X. und B. ist B. zum Erben eingesetzt und zu Gunsten des A. mit einem Vermächtnisse belastet worden. A. erwirbt sein Forderungsrecht mit dem Erbfall (§ 2176). Umgekehrt hat B. eine Forderung an A. Der Beschwerte B. rechnet gegen die Vermächtnisforderung auf.

§ 2. Die Aufrechnung gegen anfechtbare Schulden ist gültig.

Bei der Besprechung der Aufrechnung gegen eine Nichtschuld konnte uns das Gesetz selbst nur eine unvollkommene Auskunft geben. In noch erhöhtem Masse gilt dies für die Aufrechnung gegen eine anfechtbare Schuld. Mit keinem Worte gedenkt das BGB. dieser Frage. Wir sind einzig und allein auf den die Voraussetzungen der Aufrechnung enthaltenden § 387 angewiesen und müssen feststellen, inwieweit sich die hier für eine aufrechenbare Forderung verlangten Merkmale bei einer anfechtbaren Schuld wiederfinden lassen. Die weitere Untersuchung wird sich demnach auf das Wesen der Anfechtbarkeit zu erstrecken und nach zwei Richtungen hin zu bewegen haben:

1) Ist eine Forgerung objektiv trotz der Anfechtbarkeit noch eine Forderung oder nicht?

2) Welche Rechtsstellung gibt das Anfechtungsrecht subjektiv dem Berechtigten?

Die Antwort auf die erste Frage wird erkennen lassen, ob der Tatbestand: „Schulden zwei Personen einander Leistungen" erfüllt ist.

Die rechtliche Struktur der Anfechtbarkeit ist ein noch nicht einwandfrei gelöstes Problem. Fast jeder Schriftsteller vertritt eine eigene Ansicht. Doch lassen sich, wenn man nur

auf die Grundgedanken sieht und die feineren Nüanzierungen außer Acht läßt, drei große Gruppen in der Literatur erkennen. Die eine[1]) betrachtet das anfechtbare Rechtsgeschäft als von Anfang an gültig und ohne jeden rechtlichen Mangel. Die Nichtigkeit tritt erst durch die Willenserklärung des Anfechtungsberechtigten und dann kraft positiver Gesetzbestimmung mit rückwirkender Kraft ein. Die Wirkung eines anfechtbaren Rechtsgeschäfts ist anzusehen als eine „normale Wirkung, die nur durch Anfechtung wieder aufgehoben werden kann“[2]). Diese Theorie ist u. E. zur Klärung der Lage nicht geeignet. Es erscheint als ein Unding, daß ein Rechtsgeschäft von vornherein gültig und trotzdem von Anfang an nichtig sein soll. Die Rückwirkung als positive Gesetzesvorschrift zu erklären, dürfte eine befriedigende Lösung kaum sein. Vielmehr weist die Rückwirkung gerade darauf hin, daß das Rechtsgeschäft nicht von Anfang an gültig ist. Sodann bleibt diese Theorie die Erklärung dafür schuldig, warum auf Grund des Anfechtungsrechts des Hauptschuldners dem Bürgen eine Einrede gegeben wird (§ 770), eine Bestimmung, die zweifellos darauf zurückzuführen ist, daß die Rechtsordnung ein anfechtbares Geschäft nicht als ganz vollgültig ansieht. Auch hier nur eine „positive Gesetzesbestimmung“ anzunehmen, ist nicht angängig, zumal dieselbe Vorschrift des öfteren im Gesetze wiederkehrt (§§ 1137. 1211) und daher der Rechtsnatur der Anfechtung entsprechend sein muß.

Im geraden Gegensatz hierzu sieht die zweite Gruppe[3]) das anfechtbare Geschäft als von Anfang an mit einem

---

[1]) Dernburg I § 118 I. S. 395/6, Gareis-Oertmann Vorbem. 1 vor § 142 S. 443, Zitelmann Allg. Teil S. 103, Internat. Privatrecht 2 Bd. S. 35/6 Anm. 7, Bruck Bedeutung der Anfechtbarkeit für Dritte S. 29, Steger Diss. S. 14/15.

[2]) Zitelmann Internat. Privatrecht a. a. O.

[3]) Crome I § 80 S. 348, Planck Vorbem. VII, 2 vor § 104 S. 183, Rehbein Bem. II 2, zu §§ 139/44 S. 198. Bem. II, 5 S. 200.

rechtlichen Mangel behaftet an. „Das anfechtbare Rechtsgeschäft ist mangelhaft und nichtig", „die Rüge des Mangels deckt die Nichtigkeit auf" (Rehbein a. a. O.). In dieser Auffassung sind die gerügten Fehler der ersten Theorie vermieden. Die ex tunc Wirkung ist erklärt und ebenso die Vorwirkung der Anfechtbarkeit als Einrede für den Bürgen. Aber auch die zweite Lehre befriedigt nicht. Unerklärt bleibt bei ihr, aus welchen Gründen ohne Zweifel auf eine anfechtbare und noch nicht angefochtene Schuld hin ein Versäumnisurteil erlassen werden muß. Um diesen Fehler zu vermeiden, müssen Planck und Genossen ihre Theorie korrigieren. Sie müssen das anfechtbare Rechtsgeschäft bis zur Anfechtung als bestehend fingieren und entziehen damit ihrer Theorie den Boden. Das Rechtsgeschäft kann nicht von Anfang an nichtig und bestehend zu gleicher Zeit sein.

Allen diesen Fehlern geht man aus dem Wege, wenn man das anfechtbare Rechtsgeschäft weder als von Anfang an nichtig, noch als von Anfang an gültig, sondern als in einer Schwebelage befindlich betrachtet[1]). Gerade dadurch unterscheidet es sich vom nichtigen Rechtsgeschäfte, das von vornherein ohne rechtliche Wirkung ist, und bei dem ein Schwebezustand nicht eintreten kann. Die Situation der Anfechtbarkeit ist ganz ähnlich der der Aufrechenbarkeit. Auch hier sind die beiderseitigen Forderungen in der Schwebe, und wie hier die Aufrechnungserklärung die Gewißheit herbeiführt, so bei der Anfechtbarkeit die Anfechtung. Solange die Anfechtung aber noch nicht erfolgt ist, besteht die anfechtbare Forderung. Ihre Bestimmung, durch Anfechtung vernichtet zu werden, die sich eben in der Pendenz ausdrückt,

[1]) Endemann I § 75 Anm. 7 S. 371, Cosack § 53 S. 158, Leonhard Allg. Teil S. 451, Kohler bei Busch Bd. 29 S. 17, Hellwig Anspruch S. 10, 16, Mayr a. a. O. S. 394, Fontheim Diss. S. 38, Biermann § 52 S. 172, Enneccerus I § 189 II S. 471. § 190 S. 473. „Die letzten beiden sprechen von schwebender Nichtigkeit."

zeigt sie nur darin, daß die Anfechtung auf den Zeitpunkt der Entstehung der Forderung zurückwirkt und daß das anfechtbare Rechtsgeschäft unter Umständen Grundlage für eine Einrede sein kann. Der vertretenen Theorie verwandt, ist die Theorie der Motive[1]), die die Anfechtbarkeit als unter einer auflösenden Gesetzesbedingung stehend betrachten. Bedenklich ist hieran, warum diese Bedingung ex tunc und nicht wie andere Bedingungen ex nunc wirken soll, und warum die Bedingung hier vom Willen des Anfechtungsberechtigten und nicht wie sonst von dem Eintritt eines ungewissen Ereignisses abhängig gemacht ist. Man wird deshalb besser, wie Fontheim (S. 39) bereits vorgeschlagen hat, von einer gesetzlichen Potestativ-Resolutivbedingung sprechen müssen. Wie dem aber auch sei, jedenfalls steht für uns fest, daß eine anfechtbare Forderung vor der Anfechtung besteht, allerdings in einem Pendenzverhältnis, das sich erst durch die Erklärung der Anfechtung oder mit dem Ablauf der für die Anfechtung bestimmten Frist löst. Der Tatbestand des § 387 „Schulden zwei Personen" ist also erfüllt.

Zu untersuchen bleibt, inwieweit nach dem Wortlaut des § 387 der aufrechnende Teil berechtigt ist, die ihm obliegende Leistung zu bewirken, m. a. W., ob der objektiv geschuldeten Leistung auch das subjektive Recht des Aufrechnenden, sie zu erbringen, entspreche. Die Frage spitzt sich auf die Betrachtung zu, welcher Kategorie der subjektiven Rechte das Recht zur Anfechtung unterfalle. Sicherlich ist das Recht zur Anfechtung kein materiellrechtlicher Anspruch. Die Anfechtbarkeit gewährt dem Berechtigten nicht das Recht, von dem Gegner ein Tun oder Unterlassen zu verlangen. Sie ist nicht auf den guten Willen des Gegners angewiesen, sondern hat in sich selbst die Kraft, ihm ihren Willen aufzuzwingen. Andererseits gibt die Anfechtbarkeit dem Berechtigten auch nicht die absolute

[1]) I S. 219, Staudinger I § 142 Nr. 1 S. 456, Fontheim Diss. S. 39.

Herrschaft über einen Gegenstand, sie gibt ihm vielmehr nur die Macht seine Herrschaft über einen Gegenstand zu begründen. Ob er von dieser ihm zustehenden Ermächtigung Gebrauch machen und hierdurch seine rechtliche Stellung und Lage verbessern will, bleibt seinem persönlichen Ermessen überlassen. Das Recht zur Anfechtung ist also ein Gestaltungsrecht[1]). Bedient sich der Anfechtungsberechtigte des ihm zustehenden Rechts, so wird das anfechtbare Rechtsgeschäft vernichtet. Bedient er sich seiner nicht, so bleibt das Rechtsgeschäft trotz seiner regulären Bestimmung, der Anfechtung zu erliegen, bestehen. Auf die Kenntnis der Anfechtbarkeit kommt es zunächst nicht an. Es ist nur objektiv zu prüfen, hat der Berechtigte die ihm verliehene Macht ausgeübt oder nicht. Wird auf ein anfechtbares Geschäft gezahlt, so erlischt es infolge der Zahlung. Wird gegen eine anfechtbare Forderung aufgerechnet, so erlischt sie infolge der Aufrechnung.

Die Untersuchung des Wesens der Anfechtbarkeit nach seiner objektiven wie nach seiner subjektiven Seite hat uns übereinstimmend gezeigt, daß ein anfechtbarer Anspruch, solange er nicht angefochten ist, besteht und vom Anfechtungsberechtigten zum Erlöschen gebracht werden kann. Die Voraussetzungen der Aufrechnung, die § 387 für die Gegenforderung

---

[1]) Seckel Festgabe für R. Koch S. 210. S. w. Zitelmann, Internat. Privatrecht II S. 34, 35, Allg. Teil S. 22 ff, Hellwig Anspr. S. 2, Dernburg I § 18 S. 55, Biermann § 35 S. 106, Fontheim S. 15 Anm. 5, Oertmann § 768 N. 4a S. 842, § 770 N. 1 S. 843, Enneccerus I § 34 S. 88 (Recht auf Rechtsänderung). Das Recht zur Anfechtung fassen im Anschluß an Bekker's „negative Rechte" (Pandekten I S. 89/90) als „Gegenrecht", Gareis-Örtmann Vorbem. vor 194 B. 3 S. 591, D. S. 595, Crome § 34 S. 176, Endemann § 88 S. 511, Matthias § 70 S. 308. Mit dieser Bezeichnung wird nur ein Teil der Gestaltungsrechte getroffen, die Aufhebungsrechte, zu denen die Anfechtbarkeit gehört. Dagegen werden nicht miteinbezogen die Begründungsrechte z. B. das Aneignungsrecht des Jagdberechtigten und die Änderungsrechte z. B. das Wahlrecht bei der Alternativobligation.

verlangt, sind damit erfüllt. Die Aufrechnung gegen eine anfechtbare Forderung ist gültig.

§ 3. Anfechtbarkeit und Einrede.

In ähnlicher Weise, wie hier der § 387 herangezogen wurde, ist unsere Frage auch schon durch Verweisung auf § 390 zu lösen versucht worden[1]). Eine Forderung, der eine Einrede entgegensteht, kann nicht aufgerechnet werden. Ist diese Gleichstellung zwischen Anfechtbarkeit und Einrede wirklich berechtigt? Begründet die Anfechtbarkeit eine Einrede? Ohne Zweifel besteht zwischen dem Recht, die Leistung zu verweigern und der Möglichkeit, ein Rechtsgeschäft anzufechten, eine gewisse Ähnlichkeit. Beide Rechtsinstitute geben dem Berechtigten die Macht, durch seine Willenserklärung seine Rechtslage ohne eigenen Schaden zu ändern. Beide sind Rechtsgestaltungsrechte. Doch tritt hierin schon ein Unterschied hervor. Die Anfechtbarkeit gibt die Macht, das anfechtbare Rechtsgeschäft in allen seinen Teilen zu vernichten, ist also ein Aufhebungs- oder Gegenrecht. Die Einrede dagegen richtet sich nicht gegen das Rechtsgeschäft sondern nur gegen den daraus fließenden Anspruch und gibt die Rechtsmacht, diesen Anspruch in seiner Durchführung zu hemmen. Sie ist ein Änderungsrecht. Weiter ist die Anfechtbarkeit als das schärfere Mittel an eine, oft recht kurze, Frist gebunden, die Einrede steht dem Berechtigten aus gutem Grunde unbegrenzt zu. Durch die Ausübung des Leistungsverweigerungsrechts wird der Anspruch nicht vernichtet, sondern nur seine Durchsetzung für diesmal gehemmt. Erneuten Versuchen des Gegners gegenüber, die Leistung zu erzwingen, muß der Berechtigte dauernd die Möglichkeit haben, sich durch Vorschützen der Einrede zu decken. Nach erfolgter Anfechtung

[1]) Oertmann Recht V S. 450, Kommentar § 390 N. 4b S. 256 als der Einrede „verwandte Fälle".

wird das Rechtsgeschäft als von Anfang an nichtig angesehen (§ 142). Eine solche Rückwirkung kennt die Einrede nicht, sie wirkt ex nunc. Schon aus diesen Unterschieden ergibt sich, daß von einer Verwandschaft zwischen Anfechtung und Einrede nur cum grano salis gesprochen werden kann.

Einen starken Beweis gegen die Auffassung der Anfechtung als einer Einrede bietet eine Nebeneinanderstellung der §§ 768 I und 770 I. Nach dem ersteren kann der Bürge die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden geltend machen. Wenn die Anfechtbarkeit wirklich eine Einrede wäre, hätte das Gesetz nicht nötig gehabt, zwei Paragraphen darauf dem Bürgen für den Fall der Anfechtbarkeit seitens des Hauptschuldners noch besonders eine Einrede zu gewährleisten. Es ist bei dem Bestreben unseres Gesetzes nach möglichster Kürze kaum denkbar, daß es sich hier wiederholt haben sollte. Trotzdem will Hellwig dieses schlagende Argument nicht gelten lassen[1]). Das Gesetz enthalte auch manchmal überflüssige Sätze, die man nicht zu Schlüssen a contrario verwenden dürfe. Würde man beispielsweise aus § 770 I ein argumentum e contrario ziehen, so müßte man zur Unanwendbarkeit von § 768 II kommen. Denn nach dem letzteren Paragraphen würden dem Bürgen trotz eines Verzichtes des Gläubigers die Einreden nicht entzogen. Der § 770 dagegen enthalte keine solche Bestimmung. Daraus folge, daß der Verzicht des Hauptschuldners auf die Anfechtung, d. h. die Bestätigung des anfechtbaren Rechtsgeschäfts, dem Bürgen sein Einrederecht entzöge, und dies sei ein unbilliges Ergebnis. Hellwigs Beobachtung ist an und für sich richtig. Durch die Bestätigung des Hauptschuldners verliert der Bürge die Einrede. Unbillig ist das nicht. War das Rechtsgeschäft, für das der Bürge gutsagte, wegen

[1]) Ansp. und Klagrecht S. 18 Anm. 40, Verträge S. 293, vgl. auch Bucerius S. 116.

Betruges oder Zwanges anfechtbar, so bleibt dem Bürgen für die verlorene Einrede der Anfechtbarkeit die peremtorische Einrede aus unerlaubter Handlung (§ 853). Dasselbe gilt für die Anfechtbarkeit wegen Irrtums dann, wenn er vorsätzlich und gegen die guten Sitten erregt war (§ 826). In den sonstigen Fällen des Irrtums erwächst dem Bürgen anstelle der alten keine neue Einrede, was mit dem Rechtsempfinden wohl vereinbar ist[1].

Neben dem § 770 I sprechen noch weiter die §§ 1137 und 1211 gegen eine Wechselbeziehung zwischen Anfechtbarkeit und Einrede. Der Eigentümer bezw. Verpfänder soll der Hypotheken- oder Pfandklage gegenüber die dem persönlichen Schuldner gegen die Forderung sowie die nach § 770 einem Bürgen zustehenden Einreden geltend machen können. Die Fassung dieser §§ ergibt, daß das Gesetz die Anfechtbarkeit nicht als Einrede ansieht. Denn wäre die Anfechtbarkeit eine Einrede, so hätte es des besonderen Hinweises auf § 770 nicht bedurft.

Allen diesen Beweisen setzt Hellwig[2]) den § 2083 entgegen. Aus ihm soll sich ergeben, daß die Einrede nur der „Ausfluß des umfassenderen Anfechtungsrechts" ist (a. a. O. S. 17) und daß nach Wegfall dieses weiteren Rechtsgebildes die Einrede als „residuum" zurückbleibt. Auch nach Ausschluß der Anfechtung soll, so verlangt § 2083, der Berechtigte die Leistung auf eine anfechtbare letztwillige Verfügung verweigern dürfen. Hellwigs Beweis stützt sich auf das „karakteristische Wörtchen „auch"[3]). Hieraus gehe hervor, daß schon vorher, zur Zeit als die Anfechtung noch möglich war, die Leistung verweigert werden konnte. Die Anfechtbarkeit enthalte also die Einrede in sich. Von der

[1]) Vergl. Langheineken Anspruch und Einrede S. 320.

[2]) A. a. O. vgl. zu dieser Frage auch Hölder Vorbem. VII § 194 S. 405/7, Arch. f. zivil. Prax. Bd. 93 S. 126, bei Busch Bd. 29. S. 74.

[3]) S. 17. Anm. 37. Verträge S. 294.

Gegenseite hat man dieser Schlußforderung durch eine Konjektur des Gesetzestextes entgegenzutreten versucht. So liest Langheincken (a. a. O. S. 318) „er kann die Leistung noch verweigern, wenn die Anfechtung ausgeschlossen ist“ und Fontheim (Diss. S. 44) „er kann die Leistung „sogar“ verweigern“. Beide Konjekturen sind u. E. nicht besonders glücklich. Hellwigs Ansicht wird durch sie nicht entkräftet. Die Vorschrift des § 2083 muß vielmehr aus analogen Gesetzesbestimmungen erklärt werden. Das BGB. gewährt eine Einrede nicht selten, wenn das einen Anspruch stärker affizierende Recht durch Zeitablauf ausgeschlossen ist. So ist nach § 478 nach Verlust des Anspruchs auf Wandelung eine Einrede gegeben, ebenso in den §§ 821 und 853 nach Verjährung des Anspruchs auf Befreiung einer sine causa eingegangenen Verbindlichkeit und nach Verjährung des Anspruchs auf Aufhebung einer durch Delikt erlangten Forderung. Ganz analog ist unser § 2083. Nach Ablauf der einjährigen Anfechtungsfrist wird dem Beschwerten eine Einrede zugestanden. In den genannten §§ kehrt ständig das Wörtchen „auch“ wieder. Ist aber je der Wandelungsanspruch als ein Einrederecht aufgefaßt worden? Oder berechtigt der Anspruch auf Aufhebung einer ohne rechtlichen Grund eingegangenen Verbindlichkeit dazu, ihre Erfüllung zu verweigern? Alle diese Ansprüche sind kräftigere Rechte als die Einrede. Die Rechtsordnung gewährt dem Geschädigten zunächst ein Aufhebungsrecht, z. B. das Recht, wegen Mangels der gekauften Sache den Kauf rückgängig zu machen, und erst, wenn dieses versäumt wurde, statuiert sie aus besonderer Gnade als vollkommen selbständiges Recht die Einrede. Das Recht, die Leistung zu verweigern, erscheint nicht als Überbleibsel und als „Ausfluß“ des alten untergegangenen Rechtes, sondern als ein neu entstandenes Recht, dessen Aufgabe es ist, im Sinne der aequitas den Geschädigten, der nach Verlust seines Rechts dem Gegner preisgegeben ist, zu schützen. So wenig

wie die genannten Ansprüche begründet auch die Anfechtbarkeit eine Einrede. Wollte man neben jedem anfechtbaren Anspruch noch eine Einrede gewähren, so hätte die Gesetzesvorschrift, die die Anfechtung an die Innehaltung bestimmter Fristen knüpft, keinen Sinn. Das Wörtchen „auch" allein ist nicht beweisend. Neben dem Wortlaut des § 2083 hilft Hellwig (Verträge S. 295) seiner Theorie weiter mit der „Erwägung, daß die Rechtsstellung des Schuldners vor jenem Verluste des Anfechtungsrechts unmöglich schlechter sein kann als nachher". Auch dieser Einwand schlägt nicht durch. Vor dem Verluste des Anfechtungsrechts hatte der Schuldner eine viel gesichertere Stellung als nachher. Vorher konnte er das ganze Rechtsgeschäft vernichten, jetzt ist er auf das Recht, die Leistung zu verweigern, beschränkt.

Nach Hellwig steht die hier vertretene Ansicht, daß die Anfechtbarkeit keine Einrede enthalte und selbst keine Einrede sei, nicht nur nicht mit dem Gesetz im Einklang, sondern ist auch im praktischen Ergebnis unbrauchbar (a. a. O. S. 18, Verträge S. 294/5). Der debitor cessus, der die Anfechtbarkeit der Abtretung kannte, befinde sich, wenn man ihm nicht aus der Anfechtbarkeit eine Einrede zubillige, dem alten wie dem neuen Gläubiger gegenüber in einer „unerträglichen Situation". Er kann einerseits nicht an den Zessionar leisten, ohne sich der Gefahr auszusetzen, nach erfolgter Anfechtung nochmals an den Zedenten leisten zu müssen (§ 142 II). Andererseits hat er, wenn er sich nicht zu leisten entschließt, der Klage des Zessionars gegenüber kein Mittel, die Anfechtbarkeit aufzudecken. Für diesen Fall kann der Schuldner sich dadurch sichern, daß er sich vom neuen Gläubiger eine vom bisherigen Gläubiger über die Abtretung ausgestellte Urkunde geben läßt (§ 409. I. 2.) Einmal braucht er dem Zessionar nur gegen Aushändigung dieser Urkunde zu leisten (§ 410 I. 1) und sodann muß der Zedent die urkundlich angezeigte Abtretung auch dann gegen sich gelten lassen,

wenn sie nicht wirksam ist[1]). Dieser Ausweg wird in den meisten Fällen zur Sicherung genügen[2]). Denkbar ist freilich, daß die Ausstellung der Zessionsurkunde wiederum anfechtbar ist[3]). In diesem Falle bleibt dem Schuldner immer noch die Möglichkeit, das geschuldete Geld zu hinterlegen und zwar um sich etwaige Einwendungen offen zu halten, ohne Verzicht auf sein Rücknahmerecht. Verschmäht der Schuldner dieses Mittel, so bleibt ihm als ultimo ratio für den Fall der Anfechtung die Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung. Man sieht, das Gesetz gibt genügende Handhaben, ohne daß man zu der konstruktionell zu verwerfenden Einrede der Anfechtbarkeit greifen muß.

Selbst als zweifelhaft betrachtet Hellwig (a. a. O. S. 19) die Frage, ob dem Schuldner bei anfechtbarer Hauptschuld eine Einrede gegen einen Dritten, etwa den Zessionar oder bei einem Vertrage auf Leistung an Dritte gegen den Dritten selbst, zustehe. Im allgemeinen hält auch Hellwig die Anfechtungsmöglichkeit gegenüber dem alten Gläubiger für einen ausreichenden Schutz des Schuldners, sodaß daneben für eine Einrede kein Platz mehr bleibt. Doch könnten Fälle eintreten, in denen es gegen Treu und Glauben verstoßen würde, wenn man dem Schuldner gegen den klagenden Dritten nicht die Einrede gäbe (a. a. O. Anm. 44). Denkbar wäre z. B., daß die Erben des Anfechtungsgegners, an die die Erklärung gerichtet werden muß, nicht bekannt wären. Wollte man hier dem Schuldner die Einrede versagen, so käme er in eine schlimme Lage. Gewiß soll die unangenehme Situation des Schuldners in diesem speziellen Falle nicht verkannt werden. Hier würde aber die Fürsorge des Nachlaßgerichts (§ 1960) einzutreten haben, da ein dringendes

[1]) § 409 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit Satz 2.
[2]) Vgl. Langheineken a. a. O. S. 319.
[3]) Hellwig Verträge S. 294 Anm. 576.

Bedürfnis zur Sicherung des Nachlasses besteht. Es wäre Pflicht des Gerichts, für die unbekannten Erben einen Pfleger zu bestellen, dem gegenüber dann die Anfechtungserklärung abgegeben werden kann. So kommen wir auch hier ohne die Annahme der Einrede aus.

Gerade im Rechte der Aufrechnung soll die Ablehnung der Anfechtbarkeit als einer Einrede am bedenklichsten sein.[1]) Denn faßt man die Anfechtbarkeit nicht als Einrede, so kommt man dazu, zwar die Aufrechnung mit einer einredebehafteten Forderung für ungültig, die Aufrechnung mit einer anfechtbaren Forderung dagegen für gültig zu erklären. Gegen die Richtigkeit dieser Schlußfolgerung, die dem Betrüger einen Freibrief zu geben scheint, ist nichts einzuwenden. Und doch ist es u. E. falsch, aus ihr Schlüsse auf das Wesen der Anfechtbarkeit zu ziehen. Durch die Aufrechnung mit einer anfechtbaren Forderung erlischt vorerst allerdings die Gegenforderung. Aber dem Aufrechnungsgegner entsteht daraus kein Schaden. Denn trotz des Erlöschens der Forderungen durch Aufrechnung kann er, wie unten nachzuweisen sein wird, immer noch das Anfechtungsrecht ausüben und damit die Aufrechnung zu nichte machen.

Aus alledem ergibt sich: die Anfechtbarkeit ist keine Einrede,[2]) und es ist darum nicht angängig, zur Stützung dafür,

[1]) Bucerius S. 117. Vgl. auch Gareis-Oertmann Vorbem. B3 vor § 194 S. 591/2.

[2]) Im Ergebnis übereinstimmend Planck zu § 142 N. 4 S. 254, zu § 202 N. 4, Gareis-Oertmann Vorbem. 1 vor § 142 S. 443 zu § 142 N. 2 S. 444, Oertmann zu § 768 N. 4a S. 841/2, zu § 813 N. 1a S. 918, Rehbein zu §§ 194 225 Bem. III 2a S. 308, Kipp bei Windscheid § 47 S. 211, Crome I § 36 Anm. 4 S. 183, Kohler bei Busch Bd. 29. S. 32f, Lehrbuch I § 67 S. 200, abw. Lehrbuch I S. 197, Endemann I § 75 Anm. 2 S. 371, Hellmann Vorträge S. 201/2, Matthiaß I § 70 S. 308, Leonhard Allg Teil S. 224/6, Weismann bei Busch Bd. 26 S. 41, Flechtheim bei Gruchot Bd. 44 S. 97, Suppes Diss. S. 41/2, Fontheim Diss. S. 41 ff, Schottmann Diss. S. 57, 78, Lang S. 5 und besonders Langheineken Anspruch und Einrede S. 317.

daß die Aufrechnung gegen anfechtbare Forderungen zulässig sei, den § 390 heranzuziehen.

§ 4. Aufrechnung in Kenntnis der Anfechtbarkeit.

Das gewonnene Ergebnis der Zulässigkeit der Aufrechnung gegen eine anfechtbare Schuld wird nicht selten das rechtliche Empfinden nicht befriedigen. Das hat seinen Grund darin, daß in der bisherigen Darstellung nicht berücksichtigt wurde, ob die Aufrechnung in Kenntnis oder in Unkenntnis des Anfechtungsgrundes erfolgte. In dieser Hinsicht bedarf die Untersuchung einer Ergänzung, die sich zunächst mit der Aufrechnung in Kenntnis der Anfechtbarkeit beschäftigen soll.

Der Verkäufer hat den Käufer beim Abschluß des Kaufvertrages arglistig übervorteilt. Der Käufer erfährt den Betrug, scheut sich aber anzufechten. Mit der Anfechtung würde der Gegenstand des Kaufes in das Eigentum des Betrügers zurückfallen (§ 142 I), und der Käufer, für den der Gegenstand vielleicht wertvoller ist als die Summe, um die er getäuscht wurde, will ihn um jeden Preis behalten. Statt also anzufechten, rechnet er gegen die anfechtbare Kaufgeldforderung mit einer anderen gültigen Forderung auf. Mit der Aufrechnung drückt der anfechtungsberechtigte Käufer aus, daß es bei den eingetretenen Rechtsfolgen bewenden solle, daß er auf sein Recht zur Anfechtung verzichte. In diesem Verzicht liegt eine Bestätigung des Rechtsgeschäftes, die die Anfechtung ausschließt (§ 142 I).[1]) Die Auf-

[1]) Vgl. Planck zu § 144 N. 1 S. 258, Staudinger I Einl. V E. 3 S. 331 vor § 104, zu § 144 N. 1 S. 463, Gareis-Oertmann zu § 144 N. 4 S. 450, Hölder zu § 144 N. 1 S. 320, Rehbein I §§ 139/44 Bem. 7b S. 202 (sogar „natürlich"), Goldmann-Lilienthal § 45 S. 183, Enneccerus I § 190 S. 477, Crome I § 81 S. 356, Cosack I § 53 II 2b S. 160, Biermann § 57 S. 196, Matthiaß I § 55 S 234, Seckel a. a. O. S. 229, Cohn bei Gruchot Bd. 47 S. 279, Steger Diss. S. 72, Schlottmann Diss. S. 78.

rechnungserklärung enthält alle Erfordernisse der Bestätigung. Die Bestätigung bedarf nicht der für das anfechtbare Rechtsgeschäft vorgeschriebenen Form (§ 142 II). Sie kann deshalb wie die Aufrechnungserklärung einseitig und formlos sein. Das gilt auch für die Bestätigung einer anfechtbaren letztwilligen Verfügung und eines anfechtbaren Erbvertrages zu Gunsten der in unseren Beispielen Anfechtungsberechtigten. (S. oben S. 49. 50).[1]) Freilich ist beides nicht unbestritten. Planck[2]) will den Interessenten die Bestätigung überhaupt versagen, da § 144 eine eigene Willenserklärung voraussetzt. Diesen Satz können wir nicht anerkennen. Im § 144 ist nur die Rede von dem Bestätigungsrecht des Anfechtungsberechtigten; daß die Bestätigung eigene Willenserklärungen treffen müsse, ist nicht gesagt Ohne jedes Bedenken kann der Erbe, obwohl es sich nicht um seine Willenserklärungen handelt, die durch den Erblasser anfechtbaren Rechtsgeschäfte bestätigen. Wenn Planck und Staudinger statt der Bestätigung den vertragsmäßigen Verzicht auf das Anfechtungsrecht gestatten wollen, machen sich beide einer Inkonsequenz schuldig. Denn, wie wir eben sahen, fassen sie die Bestätigung als Verzicht auf das Anfechtungsrecht. Sie könnten höchstens von vertragsmäßiger Bestätigung sprechen. Wozu aber das Vertragserfordernis dienen soll, ist nicht einzusehen. Das Erbrecht enthält hierüber keine Regeln, es müssen folglich die Vorschriften des allgemeinen Teiles eingreifen. Die Bestätigung ist einseitig und formlos gültig[3]),

[1]) Der Erblasser kommt für die Bestätigung nicht in Betracht; denn es handelt sich um Vermächtnisforderungen, die erst mit seinem Tode entstehen. (§ 2176).

[2]) V. Vorbem. zu §§ 2078/82 2b γ, zu § 2285 N. 2 S. 532, an ihn anschließend Staudinger V § 2080 N. 3 S. 349, zu § 2285 N. 81 . 602 und Dernburg V § 107 N. 12 S. 283.

[3]) Für den Erbvertrag stimmt hier Frommhold (§ 3285 N. 2 S. 255) zu. Für eine anfechtbare letztwillige Verfügung muß das Gleiche entsprechend gelten.

und darum auch in der Aufrechnungserklärung enthalten. Der Streit, ob die Bestätigung empfangsbedürftig sei[1]) oder ob jeder deutliche Wille zu bestätigen genüge, ist für die hier vorliegende Bestätigung müssig. Die Aufrechnungserklärung muß stets vom Gegner empfangen werden.

Das Ergebnis, daß die in Kenntnis der Anfechtbarkeit vollzogene Aufrechnung nicht mehr rückgängig zu machen ist, entspricht völlig unseren Rechtsanschauungen. Wer selbst den Untergang der anfechtbaren Forderung gewollt und durch seine Willenserklärung dazu mitgewirkt hat, kann nicht hinterdrein verlangen, für den Verlust seiner aufgerechneten Forderung schadlos gehalten zu werden.

§ 5. Aufrechnung in Unkenntnis der Anfechtbarkeit.

Anders ist die Sachlage, wenn der Berechtigte, ohne sein Anfechtungsrecht zu kennen, gegen eine anfechtbare Forderung aufgerechnet hat. Hier fordert das natürliche Rechtsempfinden eine Beseitigung des Aufrechnungserfolges. Etwa hier wie oben in der Aufrechnung eine Bestätigung des anfechtbaren Geschäfts zu erblicken, ist unmöglich. Eine Bestätigung setzt stets die Absicht, auf die Anfechtung zu verzichten und die Kenntnis des Anfechtungsgrundes voraus[1]), wie sie sich

[1]) So Rehbein I zu §§ 139/44 Bem. II 7b S. 203, Hölder § 144 N. 2 S. 320, Goldmann-Lilienthal § 45 S. 183, Enneccerus I § 111 S. 477, Matthiaß I § 55 S. 234, Steger Diss. S. 74. Dagegen die herrschende Meinung Planck § 144 N. 3 S. 258, Staudinger § 144 N. 3 S. 463, Gareis-Oertmann § 144 N. 2b S. 449, Fischer Henle § 144 N. 2 S. 83, Türcke-Niedenführ § 144 N. 2, Crome I § 81 S. 357, Biermann § 57 I S. 196, Eck Vorträge S. 127, Cohn bei Gruchot Bd. 47 S. 279.

[2]) Planck § 144 S. 259, Staudinger § 144 N. 2 S. 463, Gareis-Oertmann § 144 N. 1 S. 463, dessen Ansicht von der Möglichkeit des Verzichts auf alle bereits vorhandenen, wenn auch noch nicht bekannten Anfechtungsgründe aber nicht beigetreten werden kann, Hölder § 144 N. 1 S. 320, Rehbein Bem. zu §§ 139/44 II 7b S. 202, Fischer-Henle §

auch vollziehen mag. Ein Verzicht des Berechtigten auf sein Recht, ohne es überhaupt zu kennen, ist undenkbar. Hat der Anfechtungsberechtigte in Unkenntnis seines Anfechtungsrechts aufgerechnet, so sind zwar die gegenseitigen Forderungen erloschen, aber mit ihnen nicht das Anfechtungsrecht. Man hat dies geleugnet (Lang S. 6). Der Erfolg der Aufrechnung könne nicht durch Anfechtung rückgängig gemacht werden. Dieser Satz ist erwachsen aus der unrichtigen Anschauung, als ob Gegenstand der Anfechtung der Anspruch oder die Forderung sei. Die Anfechtung richtet sich nicht gegen die Ausflüsse des Rechtsgeschäfts sondern gegen dieses selbst. Das ergibt sich schon aus dem Wortlaut des § 142: Wird ein anfechtbares Rechtsgeschäft angefochten . . . Mag darum auch immer die Forderung durch Aufrechnung untergegangen sein, das Rechtsgeschäft ist bestehen geblieben und kann, so lange die Anfechtungsfrist nicht abgelaufen ist, noch angefochten werden[1]). Durch die Anfechtung, die in allen Fällen, auch in den in Betracht gezogenen Anfechtungsfällen aus dem Erbrecht[2]), gegenüber dem Anfechtungsgegner zu erfolgen hat, wird das anfechtbare Rechtsgeschäft als von Anfang an nichtig aufgedeckt. Die Schwebelage, in der sich das Geschäft in seinem Entstehen befand, ist gelöst worden: das Geschäft ist nichtig. Die Aufrechnung ist gegen eine nichtige Schuld erfolgt. Eine solche Aufrechnung ist unwirksam, sie ist eine Aufrechnung nur dem Namen nach. Der

144 N. 2 S. 83, Crome I § 81 S. 357, Endemann I § 75. A. 8 S. 372, Steger Diss. S. 72, Schlottmann Diss. S. 79, Enneccerus I § 218 S. 546, Regelsberger bei Jhering Bd. 41 S. 335.

[1]) . . . (so für die Erfüllung Oertmann § 770 N. 3. S. 843/4. § 813 N. 1a u. S. 918, Seckel Festgabe S. 226, Feder bei Goldschmidt Bd. 54 S. 478, für die Aufrechnung Kipp bei Windscheid § 47 S. 213/4, Schollmeyer § 390 N. 2 S. 341. Rehbein zu §§ 387/96 Bem. 18 Abs. 5 S. 343, Weigelin S. 81. 176.

[2]) Vgl. hierzu Staudinger V § 2081. N. 1 B. S. 350, § 2285 N. 1 S. 602, Planck § 2285 N. 1. S. 532.

Anfechtungsberechtigte, der in Unkenntnis seines Rechtes aufgerechnet hat, kann seine vermeintlich erloschene Forderung wie eine vollgültige geltend machen. Ist freilich die oft kurz bemessene Anfechtungsfrist — wobei noch zu beachten ist, daß die Interessenten einen Erbvertrag nicht mehr anfechten können, wenn das Anfechtungsrecht des Erblassers zur Zeit des Erbfalls erloschen ist (§ 2285) — abgelaufen, so hat der Anfechtungsberechtigte kein Mittel mehr, den eingetretenen Aufrechnungserfolg zu beseitigen. Es bleibt bei dem Untergang seiner Forderung. Er hat ebensowenig eine Handhabe zur Rettung der Forderung wie derjenige, der eine anfechtbare Schuld in Unkenntnis erfüllt und die Anfechtung versäumt hat. Das Erlöschen der Forderung bei der Erfüllung, wie bei der Aufrechnung, bildet den Vergleichungspunkt. Eine Einrede (z. B. §§ 123, 853) wäre nur solange möglich, als die Leistung noch verweigert werden konnte. Mit der Aufrechnungserklärung und dem damit eingetretenen Erlöschen der Forderung ist sie ausgeschlossen.

3. Kapitel.

Die Aufrechnung gegen einredebehaftete Schulden.

§ 1. Der Einredebegriff.

Im dritten Teil unserer Abhandlung soll uns die Untersuchung über die Aufrechnung gegen eine einredebehaftete Schuld beschäftigen. Auch hier folgen wir unserem schon in den beiden ersten Artikeln durchgeführten Grundsatz, vor dem Eintritt in die eigentliche Besprechung eine Klarstellung des zu behandelnden Rechtsinstituts vorauszuschicken. Das erleichtert uns unsere Aufgabe. Das BGB. gibt an keiner Stelle eine Definition des Begriffes „Einrede". Das Gesetz kennt auch nur eine Bestimmung, die für alle Einreden gleichmäßig gegeben ist, den oft zitierten § 390, der die Aufrechnung mit Forderungen, denen eine Einrede irgendwelcher Art entgegensteht, verbietet. Im übrigen ist der den

Bestimmungen des Gesetzes über Einreden zu Grunde liegende Gedanke aus den §§ 202 I und 813 I herauszuschälen. Es wird hier von der Berechtigung des Schuldners gesprochen, die geschuldete Leistung vorübergehend oder dauernd zu verweigern. Aus dem Worte „Einrede" im Abs. II des § 202 und im § 813 I und aus der Gegenüberstellung von vorübergehend und dauernd ist zu schließen, daß mit diesem Leistungsverweigerungsrecht die Einrede des BGB. gemeint ist[1]). Die Einrede ist sonach ein Recht[2]), das den Berechtigten gegen einen Anspruch, der ihn bedroht, schützt. Der Schutz besteht in der Möglichkeit des Berechtigten, die durch den Anspruch erstrebte Leistung verweigern zu dürfen. In der Verweigerung erschöpft sich der Inhalt des Einrederechts. Hierdurch unterscheidet sich die materiellrechtliche Einrede von der prozessualen Einrede und der exceptio des römischen Rechts, die außer den Einreden des materiellen Rechts auch die Anspruch hemmenden und Anspruch vernichtenden Tatsachen mitumfassen. In der Einrede der Zivilprozeßordnung sind neben dem Recht, die klageweise Durchführung eines Anspruchs zu hindern, die Tatsachen zusammengefaßt, die den Klageanspruch als gar nicht entstanden oder als zwar entstanden, aber bereits wieder erloschen aufdecken (Motive I S. 359). Mit den §§ 202 und 813 ist zugleich die Zweiteilung, die das Gesetz auf die Einreden anwendet, gegeben. Es wird von vorübergehendem und dauerndem Leistungsverweigerungsrecht gesprochen und damit die aus dem römischen Recht her bekannte Einteilung in dilatorische und peremtorische Einreden beibehalten. Das Gesetz wählt nur die deutschen Ausdrücke „aufschiebende" (§ 2014 5) und „dauernde" Ein-

---

[1]) Vgl. Friedenthal Einwendung und Einrede S. 41, Zitelmann Allg. Teil S. 28, Siber a. a. O. S. 130, Langheineken Anspruch und Einrede S. 272/3.

[2]) Keine Tatsache cf. Hölder Arch. f. zivilist. Prax. Bd. 93. S. 68.

reden[1]). Langheineken zählt in seinem Buche „Anspruch und Einrede“ (S. 291 ff.) 17 dilatorische und 26 peremtorische Einreden auf. Eine Nachprüfung würde den Rahmen dieser, der eigentlichen Abhandlung vorausschickten, kurzen Betrachtung über den Begriff der Einrede überschreiten; wir begnügen uns mit je einem Musterbeispiel für jede Gattung und wenden uns damit wieder unserer Aufgabe zu:

Der Verkäufer A hat dem Käufer B, der seinerseits eine Darlehnsforderung an A hat, eine mangelhafte Sache verkauft. Der Anspruch des B auf Wandelung ist zwar verjährt; B hat sich aber durch rechtzeitige, vor Ablauf der Verjährung erfolgte Anzeige des Mangels (§ 478) die dauernde Einrede der Wandelung gewahrt. Auf die Drohung des A hin, er werde, falls B ihn nicht bezahle, klageweise gegen ihn vorgehen, rechnet B mit seiner Darlehensforderung gegen seine einredebehaftete Schuld an A auf und befriedigt ihn so. Ein anderer Fall: A hat dem B eine Ware mit drei Monate Ziel verkauft, fordert aber bereits nach einem Monat die Zahlung des Kaufpreises. B rechnet mit einer anderen Forderung auf, trotzdem ihm gegen die Passivforderung die aufschiebende Einrede der Stundung zusteht.

§ 2. **Die Aufrechnung gegen einredebehaftete Schulden ist zulässig.**

Auch auf die Frage nach der Aufrechnung gegen eine einredebehaftete Schuld werden wir wie bisher zunächst im Gesetz eine Antwort suchen. Und konnten wir in den beiden vorigen Kapiteln niemals eine glatte Lösung im Gesetze selbst finden, so führt uns diesmal ein untrügliches argumentum e contrario ans Ziel. Wenn der § 390 die Aufrechnung

[1]) Die letztere Bezeichnung wird nicht wörtlich gebraucht, ist aber aus § 813 abzuleiten und besser als der sonst vorgeschlagene Ausdruck „ständige“ (Kohler) oder gar als der undeutsche „zerstörliche“ Einreden.

mit Forderungen, denen eine Einrede entgegensteht, verbietet, so ist hieraus bei dem feinen Unterschied; den das BGB. zwischen Aufrechnung mit einer und Aufrechnung gegen eine Forderung macht (§§ 393 5!) zu schließen, daß die Aufrechnung gegen einredebehaftete Forderungen statthaft sein soll. Sie ist zulässig, mag gegen Forderungen aufgerechnet worden sein, denen aufschiebende oder denen dauernde Einreden entgegenstanden. Das gleiche Ergebnis hat man (Weigelin S. 62/3) neben dem § 390 auch aus § 396 abzuleiten gesucht. Wie uns scheint zu Unrecht. Wir erinnern uns, daß § 396 die Aufrechnung für den Fall des Gegenüberstehens mehrerer Forderungen auf beiden Seiten regelt. Es sollen nach dem Widerspruch gegen die vom Aufrechnenden vorgeschlagene Tilgungsbestimmung die Vorschriften über die Anrechnung von Zahlungen auf mehrere Schulden (§ 366) eingreifen. Danach könne es, so schließt Weigelin, geschehen, daß die Aufrechnung statt gegenüber einer unverjährten gegen eine verjährte Forderung, etwa als die ältere, als erfolgt gelte, und somit setze das Gesetz die Aufrechnung gegen eine verjährte, d. h. einredebehaftete Forderung als gültig voraus. Hierin liegt eine petitio principii. Weigelin nimmt bei der Betrachtung des § 396 die Zulässigkeit der Aufrechnung gegen eine einredebehaftete Forderung stillschweigend an und macht so die zu beweisende Behauptung zur Voraussetzung. Zunächst wäre einmal nachzuweisen, daß die Aufrechnung gegen eine einredebehaftete Forderung wirksam ist und erst dann könnte § 396 angezogen werden. Denn die Vorschrift des § 396 gilt immer nur im Rahmen der allgemeinen Grundsätze über die Aufrechnung. Ist also an sich die Aufrechnung unstatthaft, so kann sie auch nicht auf dem Wege über § 396 gültig werden. Ebenso könnte man auch die Zulässigkeit der Aufrechnung gegen eine nicht bestehende Schuld beweisen. Durch den Widerspruch des Aufrechnungsgegners wäre es denkbar, daß die Aufrechnung nicht gegen

eine gültige, sondern gegen eine nichtige, als die ältere, Forderung erfolgt gelte. Dieses Ergebnis erklärt aber Weigelin selbst für falsch.

Folgt somit schon aus der rein äußerlichen Gesetzesauslegung die Gültigkeit der Aufrechnung gegen eine einredebehaftete Schuld, so werden wir auch aus inneren Gründen dieses Ergebnis bestätigt finden. Der Tatsache, daß eine Schuld, der eine Einrede, und sei es auch eine dauernde, Einrede entgegensteht, immer eine Schuld bleibt, wurde oben (S. 26/7) bereits gedacht, und es kann deshalb auf das dort Gesagte verwiesen werden. Es ist daher nicht zu billigen, wenn Hellwig[1]) die einredebehaftete Forderung mit einer nichtbestehenden identifiziert und die Aufrechnung gegen beide mit einer indebite geleisteten Zahlung vergleicht. Die objektive Voraussetzung des § 387, daß die Passivforderung wie die Aktivforderung geschuldet werden muß, trifft somit für die Aufrechnung mit einer gültigen Forderung gegen eine einredebehaftete Schuld zu.

Es bleibt zu untersuchen, ob auch das subjektive Erfordernis, daß der Schuldner einer einredebehafteten Schuld diese trotz der Einrede bewirken kann, gegeben ist. Die Einrede gewährt, wie wir sahen, dem Berechtigten das Recht, die geschuldete Leistung zu verweigern. Welcher Art ist dieses Recht? Ein Anspruch kann die Einrede nicht sein. Sie verlangt nicht von dem Gegner ein Tun oder Unterlassen, sondern geht selbst aktiv gegen ihn vor, indem sie die Durchführbarkeit seines Anspruchs lähmt. Ebensowenig ist die Einrede ein Herrschaftsrecht. Es fehlt ihr dessen Kriterium: sie wirkt nicht gegen jedermann sondern nur gegenüber dem Gegner. Durch sein Weigerungsrecht hat der Berechtigte die Möglichkeit, sich dauernd oder vorübergehend

[1]) Lehrbuch der Zivilprozeßordnung Bd. I § 34 S. 239 Anm. 47, ähnlich v. Mayr S. 469.

dem Anspruch des drängenden Gläubigers zu entziehen. Die Einrede gibt ihm die Macht, seine rechtliche Lage nach seinem Willen zu verändern. Die Einrede ist wie das Recht zur Anfechtung ein Gestaltungsrecht[1]). Dieser Satz hat nicht allgemeine Zustimmung gefunden. So faßt Oertmann[2]) zwar die Einrede als Gegenrecht, spricht ihr aber doch den Charakter als Gestaltungsrecht ab. Die Ausübung der Einrede rufe weder das Entstehen noch das Vergehen eines Anspruches hervor, deshalb könne man sie nicht das Recht als rechtlichen Könnens bezeichnen. Es ist richtig: die Einrede begründet keinen Anspruch und tilgt den vorhandenen Anspruch nicht. Aber sie lähmt ihn, macht ihn undurchführbar, ändert ihn also in seinem Wesen. Die Eigenart der Gestaltungsrechte erschöpft sich nicht in Aufhebungs- oder Begründungsrechten, sondern begreift auch die Änderungsrechte in sich. Zutreffend definiert darum Enneccerus das Gestaltungsrecht als ein Recht auf Änderung der Rechtslage. Als „wesensverschieden" von den Gestaltungsrechten betrachtet die Einreden auch Seckel[3]). Ein zwingender Grund hierfür ist nicht einzusehen, zumal die Seckel'sche Definition (S. 210) der Gestaltungsrechte auf die Einrede zutrifft. Auch die Einrede ist ein „subjektives Privatrecht, dessen Inhalt ist die Macht zur Gestaltung konkreter Rechtsbeziehung durch einseitiges Rechtsgeschäft." Durch das Einrederecht wird der Schuldner in den Stand gesetzt, die geschuldete Leistung dauernd oder

[1]) Zitelmann Allg. Teil S. 23. 29, Hellwig Anspruch S. 9, Biermann § 37 S. 110 (prozessuales Gestaltungsrecht), Enneccerus § 34 S. 89 (Recht auf Rechtsänderung), Endemann I § 88 Anm. 25 S. 514, Langheinecken a. a. O. S. 43. Hierher gezählt werden können noch die Schriftsteller, die in der Einrede ein Gegenrecht sehen, Friedenthal S. 60. 66. 71, Crome I § 34 S. 178, Matthiaß I § 70 S. 308. Denn die Aufhebungs oder Gegenrechte sind, wie oben S. 54a 1 erwähnt wurde, nur ein Teil der Gestaltungsrechte.

[2]) Gareis-Oertmann Vorbem. B. 1 vor § 194 S. 587/8.

[3]) a. a. O. S. 209 A. 1.

vorübergehend zu verweigern. Er hat es damit in seiner Hand, seine rechtliche Situation durch einseitiges Rechtsgeschäft, nämlich durch einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung zu gestalten; zu seinem Vorteil, indem er die Einrede gebraucht, zu seinem Nachteil, indem er auf ihre Geltendmachung verzichtet. Als letzter tritt Fontheim (S. 24/25) für eine Scheidung zwischen den Rechten des rechtlichen Könnens und den Einrederechten ein. Er greift Zitelmann an und wirft ihm, weil er Gestaltungs- und Einrederecht indentifiziert, Verwechselung von Rechtsgeschäft und Prozeßhandlung vor. Die Kann-Rechte hätten rechtsgeschäftlichen Charakter, die Einrede könnte nur im Falle der Ausübung vor Gericht irgend eine Wirkung hervorbringen. Die Ausübung dieses Rechts sei stets und nur Prozeßhandlung. Zuzugeben ist Fontheim, daß die Gestaltungsrechte rechtsgeschäftlichen Wesens sind, aber auch die Geltendmachung der Einrede ist ein Rechtsgeschäft und keine Prozeßhandlung oder wenigstens nicht ausschließlich Prozeßhandlung. Sie kann gerichtlich und außergerichtlich geltend gemacht werden und auch im letzteren Falle bereits Rechtswirkungen erzeugen[1]).

Mit der Erkenntnis der Einrede als Gestaltungsrecht ist ein weiterer Stützpunkt zu Gunsten der Gültigkeit der Aufrechnung gegen eine einredebehaftete Schuld gewonnen. Die Einrede ergreift die behaftete Forderung nicht unmittelbar. Sie läßt sie bestehen und gibt nur dem Berechtigten die Macht, durch Vorschützen jeden Angriff des Gegners zurückzuschlagen. Wenn einerseits die einredebehaftete Forderung besteht, und es andererseits dem Belieben des Berechtigten anheimgegeben ist, ob er von seinem Weigerungsrecht Gebrauch machen will, so liegt kein Bedenken vor, eine Aufrechnung

[1]) Hellwig Lehrbuch I § 36 S. 250/1, Langheineken a. a. O. § 21 S. 341 ff., Gareis-Oertmann Vorbem. B. 2b vor § 194 S. 588/9.

für zulässig zu erachten[1]). Denn die Voraussetzungen des des § 387 sind erfüllt. Objektiv wird eine Leistung geschuldet, und subjektiv steht es im Ermessen des Schuldners, die ihm obliegende Leistung zu bewirken.

§ 3. Die Aufrechnung in Kenntnis der Einrede.

Das gewonnene Ergebnis, das Kenntnis oder Unkenntnis des Bestehens der Einrede unberücksichtigt läßt, wird häufig zu Unbilligkeiten führen. Wenn diese bei aufschiebenden Einreden auch weniger einschneidend sein und höchstens den entgangenen Zinsgenuß des vorzeitig entrichteten Kapitals betreffen werden, wird bei dauernden Einreden die unnötige, nun aber zu Recht bestehende Aufrechnung schmerzlich empfunden werden. Zwar ist rechtlich eine mit einer peremtorischen Einrede behaftete Schuld immer noch eine Schuld, aber wirtschaftlich steht sie einer nicht bestehenden Schuld gleich. Hier gilt es, Abhilfe zu schaffen. Es ist einleuchtend, daß sich die mögliche Lösung verschieden gestalten muß, je nachdem dem Aufrechnenden bekannt oder nicht bekannt war, daß ihm gegen seine Schuld eine Einrede

[1]) So die communis opinio. Die Kommentare von Planck § 390 N. 3 S. 258, Staudinger-Kuhlenbeck § 390 N. 2 S. 260, Schollmeyer § 390 N. 4 S. 341, Oertmann § 390 N. 3 und Recht V S. 450, Reybein Bem. 20 Abs. III zu §§ 387/96 S. 344, Fischer-Henle § 390 N. 1 S. 225, Goldmann-Lilienthal § 112 S. 426 und Anm. 13, Tuercke-Niedenführ § 390 N. 4 S. 444, Kaufmann Bd. 2 § 390 N. 2 S. 263, Jaeger Konkursordnung § 53 N. 3 S. 450, die Lehrbücher von Dernburg Bd. 2 § 126 S. 327, Windscheid-Kipp Bd. 2 § 350. 1. S. 484, Crome II S. 297 N. 38, Enneccerus I § 293 S. 740. II. 2. Endemann I (wenigstens für verjährte Forderungen) § 144 Anm. 14 S. 823, Matthias I § 95 S. 434, Eck Vorträge Bd. 1. S. 367. Hellwig Lehrbuch der Zivilprozesses Bd. I S. 239/40 Anm. 47, die Monographien von Siber S. 90, Weismann bei Busch Bd. 26 S. 11, Weigelin S. 62/4, Lang S. 8, v. Mayr S. 469 N. 3. S. 470 N. 4, Leonhard Arch. für bürgerl. Recht Bd. 21 S. 201, die Dissertationen von Lind S. 32/3, Schlichting S. 18/20, Suppes S. 13.

zustand. Betrachten wir zunächst den Fall der in Kenntnis der Einrede vorgenommenen Aufrechnung. Rechnet der Schuldner auf, obwohl ihm sein Recht, die geforderte Leistung zu verweigern, bekannt war, so kann hierin ein Verzicht auf die Einrede gefunden werden[1]. Wer es, statt die Leistung zu verweigern vorzieht, die Leistung zu erbringen, will von der Einrede keinen Gebrauch machen, verzichtet auf sie.

Es fragt sich, ob ein solcher Verzicht überhaupt zulässig ist. Darüber kann kein Zweifel sein. Da die Einrede ein Rechtsgestaltungsrecht ist, so steht es dem Berechtigten frei, das ihm von der Rechtsordnung eingeräumte Recht nach seinem Gutdünken zu verwerten[2]. Jedes Bedenken zerstreut das Gesetz selbst, indem es wiederholt den Verzicht auf eine Einrede erwähnt[3]. Ist man sich auch über die Zulässigkeit des Verzichts einig, so besteht doch lebhafter Streit in welcher Form er sich vollziehen habe.

Von einflußreicher Seite wird ein einseitiger Verzicht auf die Einrede anerkannt[4]. Zur Stützung dieser wohl als

[1]) So Oertmann § 387 N. 1c S. 249, Matthiaß I § 95 S. 434, Siber S. 91, Weigelin S. 62/3, Lang S. 8.

[2]) So auch die Literatur: Prot. I. s. 233 wenigstens für die Verjährung, Motive I S. 360, Planck Komm. Vorbem. S. 53. Hellwig Lehrbuch I § 34 S. 236, Crome I Bd. 34. S. 177. § 36 S. 183. Endemann I § 88 S. 515, Enneccerus I § 218. S. 546, Matthias I § 70 S. 308, Kohler Lehrbuch I § 247 S. 558, § 65 S. 190, Friedenthal S. 60. 71, Eccius bei Gruchot Bd. 50. S. 4, Regelsberger bei Ihering Bd. 41 S. 335 wenigstens für die Verjährung, Bucerius S. 128. 133 für die Einreden des nicht erfüllten Vertrages (§ 320), der gefährdeten Gegenleistung (§ 321), der Verjährung (§ 222), Schlottmann S. 57.

[3]) §§ 239 II, 571 II, 768 II, 773, 1137 II, 1211 II.

[4]) Langheineken a. a. O. S. 285, Hellwig Lehrbuch I § 36 Anm. 7 S. 249, Endemann I § 149 Anm. 3 S. 856 ohne nähere Begründung, Enneccerus I § 218 S. 546 und Crome I § 117 S. 520 beide für die Verjährungseinrede, Cohn bei Gruchot Bd. 47 S. 272 für die Einrede der Vorausklage, Regelsberger a. a. O. S. 335. 337. 339,40 für die

herrschend zu bezeichnenden Ansicht beruft man sich meist[1]) auf die Analogie des § 144. Wie es möglich sei, durch einseitige Willenserklärung ein anfechtbares Rechtsgeschäft zu bestätigen und damit auf die Anfechtung zu verzichten, so müsse auch der einseitige Verzicht auf eine Einrede zulässig sein. Dieser Analogieschluß ist nicht unbedenklich. Anfechtbarkeit und Einrede haben zwar das gemeinsam, daß sie beide Rechtsgestaltungsrechte sind, aber im übrigen sind sie, wie oben nachzuweisen gesucht wurde, selbständige Rechtsinstitute, die sich nicht das eine aus dem anderen ergänzen lassen oder von einander abhängen. Der Schluß a fortiori von der stärkeren Anfechtung auf die schwächere Einrede, ihm Gareis-Oertmann zum Beweise des einseitigen Verzichts macht, ist hier wie häufig nicht ausschlaggebend. Da das Gesetz uns in dieser Frage nicht den leisesten Anhalt gibt, müssen wir mit diesem Argument besonders vorsichtig sein. Ähnlich verhält es sich mit dem Beweisgrund Langheinekens, die Richtigkeit des einseitigen Verzichts auf eine Einrede sei „umso sicherer anzunehmen als schon durch passives Verhalten, des Berechtigten allein sich die Präklusion einer solchen Befugnis herbeiführen lasse." Diskutabel ist dieser Gedanke nur für das Verschweigen einer materiellen Einrede im Prozeß. Denn ein außergerichtliches passives Verhalten kann niemals als Verzichtswille angesehen werden. Es wird ja darum auch allseitig eine Willenserklärung für den Verzicht auf eine Einrede verlangt. Aber auch aus dem passiven Verhalten im Prozeß kann nicht auf einen Verzicht geschlossen werden. Daß hier die Einrede ohne Vorbringen ausgeschlossen ist, hat seinen Grund nicht in einem zu unterstellenden Verzicht sondern in dem Prinzip der Mündlichkeit und der Verhandlungsmaxime die unseren

Einrede der Verjährung, Gareis-Oertmann Vorbem. vor § 194 B. 2 f. S. 591, Oertmann § 397 N. 2 S. 264.

[1]) Langheineken, Hellwig, Gareis-Oertmann.

Prozeß beherrschen. Was die Parteien nicht vorgetragen haben, darf der Richter nicht würdigen; index iudicet secundum allegata et probata partium. Ob die Partei ihr Recht nicht geltend gemacht hat aus Nachlässigkeit oder in der Absicht, darauf zu verzichten, ist für den Prozeß gleichgültig. Es gilt nur das gesprochene Wort. Keineswegs darf dieser Prozeßgrundsatz zur Stützung der Möglichkeit einseitigen Verzichts auf eine Einrede herangezogen werden.

Da so alle Beweise dafür, daß der Verzicht auf eine Einrede einseitig erfolgen kann, versagen, bleibt nichts anderes übrig, als für das Aufgeben einer Einrede einen Vertrag zu erfordern. Hierfür spricht auch die Entstehungsgeschichte des Gesetzes (Protokolle VI S. 164). Der heutige § 305 hatte im Entwurf noch einen zweiten Absatz, der von dem Verzichte auf eine Einrede handelte. Er lautete: Zu dem Verzichte des Schuldners auf eine Einrede genügt einseitige Erklärung gegenüber dem Gläubiger. Die zweite Kommission hat diesen Satz gestrichen und die Entscheidung der Frage der Wissenschaft überlassen. Es schien ihr zum mindesten bedenklich, für alle Fälle den einseitigen Verzicht vorzuschreiben. Das Bedenken war begründet. Mit Recht betonen die Protokolle, daß ein einseitiger Verzicht allenfalls für die selbständigen Einreden verständlich gewesen wäre, aber nicht für die abgeleiteten. Der Verzicht auf eine abgeleitete Einrede nähert sich dem Verzicht auf den Anspruch selbst. Sodann hätte der einseitige Verzicht leicht zu einer „Verdunkelung" der Vertragsnatur der Schenkungen führen können. Eine mit einer dauernden Einrede behaftete Forderung ist, wenn auch nicht rechtlich, wie bereits erwähnt wurde, so doch wirtschaftlich mit einer nichtigen Forderung identisch. Das Vertragserfordernis der Schenkung könnte nun einfach dadurch umgangen werden, daß der Einredeberechtigte formlos und einseitig auf die Einrede verzichtete und so das Vermögen des Gegners um eine wirtschaftlich gültige Forderung bereicherte.

Diese Gründe bewogen die Gesetzgeber, den Abs. 2 des § 305 im Entwurf zu streichen, so daß Abs. 1 allein stehen blieb. In ihm liegt der Hauptgrund für das Vertragserfordernis beim Verzicht auf eine Einrede[1]). Es wird zur Änderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses ein Vertrag verlangt. Die Forderung, der eine Einrede entgegensteht, stellt mit dieser Einrede zusammen ein einheitliches Rechtsgebilde dar. Die Einrede klebt an der Forderung und teilt ihre rechtlichen Schicksale. Wird die Forderung abgetreten, so folgt ihr die Einrede (§ 404), geht die Forderung unter, so ist auch für die Verweigerung der Leistung kein Raum mehr. Es wird deshalb nicht zuviel gesagt sein, wenn man das Behaftetsein mit einer Einrede als eine Eigenschaft der Forderung auffaßt. Fällt die Einrede durch Verzicht fort, so verliert die Forderung eine wichtige Eigenschaft, ihr Inhalt hat sich geändert. Der Verzicht bedarf also eines Vertrages, und zwar ist § 305 nicht, wie Suppes will, nur analog sondern direkt anzuwenden. Er paßt in allen Punkten. Das will Gareis-Oertmann a. a. O. nicht zugeben: „der Schluß von einem selbständigen Recht", wie es doch ein Schuldverhältnis sei, „auf ein bloßes Gegenrecht dürfte allzu kühn sein". Wie wir uns zu zeigen bemüht haben, sind das Schuldverhältnis und die ihm entgegenstehende Einrede nicht zwei Institute, die nichts mit einander zu tun haben, sondern zwei Begriffe, die von einander abhängen und sich gegenseitig durchdringen. Ein Schluß von dem einen auf das andere darf demnach wohl für erlaubt gelten. Und nicht nur für dauernde sondern auch für aufschiebende Einreden muß dieser Schluß zulässig sein. Die dilatorischen Einreden prägen ihrer Forderung nicht einen so eigenartigen Charakter auf wie die peremtorischen; aber auch sie bedeuten eine Eigenschaft der Forderung, mit deren Fortfall sie ihr Wesen geändert hat. Für die Änderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses kann nur § 305 in

[1]) Kipp § 47 S. 13—14. Suppes Dissert. S. 14—15. 45.

Betracht kommen, nicht etwa § 397, den Gareis-Oertmann a. a. O. für näherliegend hält. In ihm ist vom Erlaß, also von der Aufhebung des Schuldverhältnisses, die Rede. Das geht offenbar weiter als eine bloße Änderung der Obligation.

Eine besondere Besprechung erfordert die von Eccius[1]) aufgestellte Theorie für den Verzicht auf eine Einrede, da sie erheblich von den bisher besprochenen beiden Meinungen abweicht. Der Grundgedanke der Theorie ist der: Je nach dem verschiedenen Inhalt der denkbaren Weigerungsrechte fordert der wirksame Verzicht einen ganz verschiedenen Hergang (a. a. O. S. 5).

Diesen Grundgedanken führt Eccius an den drei Kategorien von Einreden, die es nach ihm gibt, durch. Als erste Gruppe bezeichnet er die Weigerungsrechte gegenüber Ansprüchen aus einem Vertrage, die sich aus dem Inhalt des dem Anspruch zu Grunde liegenden Vertrages ergeben. Der Verzicht auf eine solche Einrede, z. B. die Einrede der Vorausklage, bedeute eine Vertragsänderung und bedürfe darum der Form des Hauptvertrages. Eccius stimmt also mit der hier vertretenen Ansicht darin überein, daß er im Verzichte eine Änderung des Schuldverhältnisses erblickt. Nur verlangt er nicht einfache Vertragsform sondern die Form des Hauptvertrages bei dem Verzicht auf die Einrede der Vorausklage z. B. als Änderung der Bürgschaftserklärung die Schriftlichkeit. Warum diese erschwerte Form erforderlich sein soll, ist nicht einzusehen. Sie ist in hohem Maße verkehrshemmend. Sollte wirklich beim Verzicht auf die Einrede der Stundung gerichtliche oder notarielle Beurkundung nötig sein, wenn es sich um solche geringfügige Abänderung eines Kaufvertrages über ein Grundstück handelt? Uns scheint § 305 durch die Aufstellung des Vertragserfordernisses schon

[1]) Bei Gruchot Bd. 50 S. 1 ff.

genügend vorgesorgt zu haben. Eine weitere Belastung des Rechtsverkehrs mit Formalitäten ist abzulehnen.

Als zweite Kategorie der Einreden faßt Eccius die aus einem selbständigen Anspruch abgeleiteten Einreden zusammen. Abgesehen von den sachenrechtlichen Einreden, z. B. der Einrede des Nießbrauchs (§ 986), die für unsere besondere Frage der Aufrechnung gegen Forderungen nicht in Betracht kommen, fallen aus dem Obligationenrecht unter diese Gruppe die Einreden der Wandelung und der Minderung (§ 478). Hier würde mit dem Verzicht auf die Einrede zugleich auf das kollidierende Recht verzichtet, und der Verzicht auf die Einrede bedürfe darum der für den Verzicht auf das Recht vorgeschriebenen Form. Für Schuldverhältnisse müsse ein Erlaßvertrag geschlossen werden. Im Prinzip stimmen wir mit Eccius überein. Der Verzicht bedarf der Vertragsform. Da aber nur eine Änderung des einredebehafteten Schuldverhältnisses und keine Aufhebung des Anspruchs, dem die Einrede entspringt, vorliegt, kann von einem Erlaßvertrag (nach § 397) nicht die Rede sein.

Zur dritten Kategorie gehören alle Einreden, die nicht unter die ersten beiden Gruppen fallen, beispielsweise die Einrede der Verjährung. Ein einseitiger Verzicht sei ohne gesetzliche Grundlage, die vollständig fehle, nicht anzunehmen; aber auch einem Vertrage könne die Kraft, das Leistungsverweigerungsrecht zu zerstören nicht beigemessen werden. Einem Vertrage werde ohne Hineinziehung eines Verpflichtungsgrundes die juristische Haltbarkeit fehlen, darum müsse der Vertrag, durch den man auf eine Einrede Verzicht leiste, ein Schuldanerkenntnis sein. Zunächst ist in diesen Ausführungen zu bestreiten, daß der Verzichtsvertrag der nötigen Haltbarkeit ermangele. Die obligatorische Wirksamkeit des Vertrages reicht völlig zum Schutze des Gläubigers der einredebehafteten Forderung hin. Schützt der Schuldner die Einrede, obwohl er sich verpflichtet hatte, sie nicht zu gebrauchen, doch vor

und wird hiermit der eingeklagte Anspruch undurchführbar, so erwächst dem Gläubiger aus dieser „positiven Vertragsverletzung" ein Schadensersatzanspruch. Der Schuldner ist dann zur Wiederherstellung des Zustandes verpflichtet, der bestehen würde, wenn er die Einrede nicht erhoben hätte (§ 249). Sollte gar ein deliktisches Verhalten vorliegen, der Schuldner sich etwa gegen § 826 vergangen haben, so würden die Vorschriften über unerlaubte Handlungen einzugreifen haben. Im übrigen ist der Verzicht für den Gläubiger genau so erzwingbar wie jeder andere Vertrag, durch den sich der Schuldner verpflichtet hat, eine Handlung zu unterlassen. Wegen jeder Zuwiderhandlung kann ihn der Gläubiger, nachdem die Verpflichtung durch Urteil festgestellt worden ist, zu einer Geldstrafe oder zur Haft verurteilen lassen (ZPO. § 800). Der Vertrag bietet also genügende Fähigkeit zur Durchsetzung der Rechte des Gläubigers. Andererseits ist die von Eccius vorgeschlagene Verzichtsform des Schuldanerkenntnisses nicht ohne Bedenken. Mit diesem wird eine neue, noch dazu abstrakte, Verpflichtung des Schuldners neben der alten fortbestehenden geschaffen. Eccius löst den Knoten, indem er ihn durchschlägt. Er läßt die alte einredebehaftete Verbindlichkeit ruhig bestehen und mit ihr die Möglichkeit, gegen sie die Einrede zu gebrauchen. Er gibt also gar keine Vorschrift für den Verzicht auf eine Einrede und bietet keine Lösung sondern eine Umgehung der Schwierigkeit.

Die größte Wahrscheinlichkeit für ihre Richtigkeit hat danach die Theorie des vertragsmäßigen Verzichts auf eine Einrede[1]). Damit ist entschieden, daß in der einseitigen,

[1]) Sie wird außer den Genannten noch vertreten von Seckel a. a. O. S. 230, Planck § 305 N. 4 S. 117, Staudinger § 305 N. 5 S. 124, Hölder Archiv für zivil. Prax. Bd. 93 S. 81 besonders für die Verjährungseinrede, implicite auch sonst, Fischer-Henle § 202 N. 6 S. 118; auch Cohn a. a. O. S. 272 kann für unsere Ansicht in Anspruch genommen werden. Er verlangt einen Vertrag dann, wenn in dem Ver-

in Kenntnis der Einrede vollzogenen, Aufrechnung ein Verzicht nicht liegen kann. Eine Rückgängigmachung des Aufrechnungserfolges wäre aber mit dem Rechtsempfinden unvereinbar. Dem Aufrechnenden, der die Einrede absichtlich nicht geltend machen wollte, muß auf anderem Wege die Möglichkeit, das eingetretene Erlöschen seiner Forderung zu modifizieren, abgeschnitten werden. Einen Ausweg bietet § 814. Das zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleistete soll bei der Kenntnis des Leistenden, daß er zur Leistung nicht verpflichtet war, nicht zurückgefordert werden können. Es ist nicht zu leugnen, daß der Wortlaut dieses Paragraphen unseren Fall der Aufrechnung in Kenntnis einer entgegenstehenden Einrede nicht deckt[1]). Der Sinn des § 814 spricht jedoch für seine Anwendbarkeit. Man hat geltend gemacht, daß bei einer Aufrechnung nicht „zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit" geleistet werde. Wir haben oben selbst die Anschauung vertreten, daß Aufrechnung und Erfüllung zwei verschiedener Rechtsinstitute seien. Aber „zum Zweck der Erfüllung" ist nicht dasselbe wie „durch Erfüllung." Die Worte „zum Zweck der Erfüllung" sind im § 814 nicht technisch wie im § 362 gebraucht, sondern bedeuten hier allgemein, wer eine Leistung in der Absicht macht, um dadurch ein Schuldverhältnis zum Erlöschen zu bringen. Man wird kein Bedenken tragen, den § 814 auf jemanden anzuwenden, der in Kenntnis seines Nichtverpflichtetseins an Erfüllungsstatt geleistet oder die nicht geschuldete Leistung hinterlegt hat. Dasselbe muß auch für die Aufrechnung gelten. Die Surrogate stehen hierin der Erfüllung gleich. Man hat ferner nicht verfehlt, im Wortlaut des § 814 darauf aufmerksam zu machen, daß eine einredebehaftete Schuld

---

Verzicht auf die Einrede eine Änderung des Schuldverhältnisses zu finden ist. Das ist nach unserer Ansicht stets der Fall.

[1]) vgl. Lang S. 8, Weigelin S. 64, Siber S. 91.

nicht als Verbindlichkeit bezeichnet werden kann, auf die zu leisten man nicht verpflichtet ist. Freilich besteht trotz der Einrede, solange sie nicht vorgeschützt wird, eine Verbindlichkeit. Die Worte „zur Leistung nicht verpflichtet" sind aber zu verstehen: bei Geltendmachung der Einrede zur Leistung nicht verpflichtet. So gestattet der Analogieschluß aus § 814 dasselbe Ergebnis, das die Konstruktion eines einseitigen Verzichts auf das Einrederecht, wenn sie juristisch haltbar wäre, ergeben hätte. Eine Aufrechnung gegen eine einredebehaftete Schuld in Kenntnis der Einrede kann nicht rückgängig gemacht werden[1]). Gleichgültig ist hier, ob es sich um eine aufschiebende oder um eine dauernde Einrede handelt.

§ 4. Die Aufrechnung in Unkenntnis der Einrede.

Wesentlich anders muß die Antwort auf die Frage nach der Rückgängigmachung des Aufrechnungserfolges ausfallen, wenn der Einredeberechtigte in Unkenntnis seines Rechts aufgerechnet hat. In diesem Falle einen stillschweigenden Verzicht auf die Einrede anzunehmen[2]), ist aus doppeltem Grunde abgeschlossen. Einmal steht dem das oben gewonnene Ergebnis der Ungültigkeit einseitigen Verzichts entgegen und sodann darf, wie im § 4 des zweiten Kapitels erwähnt wurde, von einem Verzicht auf ein Recht nur dann gesprochen werden, wenn der Verzichtende das Recht, auf das er verzichtet, kennt. Mit der Ablehnung eines Verzichts entfallen die weiteren Folgerungen, die Weigelin an ihn knüpft. Eine Anfechtung der Aufrechnungserklärung wegen Irrtums ist mangels Vorliegens eines

---

[1]) vgl. Planck § 390 N. 3 S. 258, Staudinger § 390 N. 2 S. 390 N. 2 S. 260, Kipp bei Windscheid § 350 N. 1 S. 484, Dernburg § 126 S. 327, Enneccerus I § 293 S. 740. II, 2 Fischer-Henle § 390 N. 1 S. 225.

[1]) Weigelin S. 64–65.

Verzichts und infolgedessen mangels eines Zwiespalts zwischen Wille und Erklärung unzulässig.

Durch die Aufrechnung sind die beiden sich gegenüberstehenden Forderungen erloschen. Der Umstand, ob der Aufrechnende die Einrede kannte oder nicht, wird nicht berücksichtigt. Das Erlöschen kann nur unter Anwendung des § 813 beseitigt werden. Und zwar ist dieser Paragraph wiederum nicht direkt sondern analog anzuwenden. „Zum Zwecke der Erfüllung" ist auch hier so zu verstehen, daß nicht nur die Erfüllung im technischen Sinne sondern auch ihre Surrogate gemeint sind. Bei entsprechender Anwendung des § 813 bleibt eine Rückgängigmachung ausgeschlossen, wenn es sich nur um eine aufschiebende Einrede oder um die Einrede der Verjährung handelt. Für die letztere besteht die besondere Vorschrift des § 222 II, nach der das zur Befriedigung eines verjährten Anspruches Geleistete selbst nicht bei Unkenntnis der Verjährung zurückgefordert werden kann. Unter „Befriedigung" sind sicherlich neben der Erfüllung im eigentlichen Sinne auch deren Surrogate gemeint. Der Gesetzgeber hat anscheinend absichtlich den umfassenderen Ausdruck Befriedigung gewählt. Daß § 222 II im § 813 zitiert wird, kann als neuer Beweis dafür angesehen werden, daß § 813 das Wort Erfüllung nicht prägnant gefaßt haben will. So bleiben zur Betrachtung nur die dauernden Einreden übrig. Bei ihnen allein entsteht, wenn in Unkenntnis aufgerechnet wurde, ein Ausgleichungsanspruch. Über die Durchführung dieser condictio sind die Meinungen geteilt. Planck[1]) will die aufgerechnete Forderung wie die Gegenforderung so wiederhergestellt haben, wie beide vor der Aufrechnung bestanden. Schollmeyer dagegen[2]) hält eine Wiederherstellung der er-

[1]) A. a. O., an ihn anschließend Lang S. 9, ähnlich Staudinger § 390 N. 2 S. 260, Weismann bei Busch Bd. 26 S. 11, Schlichting Diss. S. 19.

[2]) § 390 N. 4 S. 341 ff.

loschenen Forderungen für ausgeschlossen und will nur einen Wertersatz nach § 818 II zulassen. Diesen Wertersatz soll allein der Aufrechnende vom Gegner für seine aufgerechnete Forderung empfangen, dagegen soll der Kompensat für seine Forderung leer ausgehen. Denn der Aufrechnende könnte durch Erhebung der peremtorischen Einrede die Erfüllung der Gegenforderung für immer verweigern und in der Anstellung des condictio aus § 813 liege die Verweigerung der Leistung. Beide Theorien befriedigen u. E. nicht recht. Die Gegenforderung wiederherzustellen, liegt kein Grund vor. Sie ist erloschen und der Gläubiger kann sie nicht mehr geltend machen. Darin ist Schollmeyer nur beizustimmen. In dem Verlangen des Aufrechnenden beziehungsweise seiner Klage liegt die Verweigerung der Leistung. Aber andererseits scheint Schollmeyer uns einen Fehler begangen zu haben, wenn er annimmt, die Aktivforderung könne nicht wiederhergestellt werden und der Aufrechnende sei auf einen Wertersatzanspruch beschränkt. In diesem Punkte dürfte Planck das Richtige treffen. Die erloschene Aktivforderung kann unter Mitwirkung des Schuldners, dessen Einwilligung nötigenfalls im Wege der Klage zu erzwingen wäre, wiederhergestellt werden. Damit ist der Kompensat wieder in sein Recht eingesetzt. Er hat seine erloschene Forderung so, wie sie vor der Aufrechnung bestand, zurückerhalten.

Fassen wir die im Laufe unserer Abhandlung gewonnenen Ergebnisse zum Schlusse noch einmal zusammen, so erhalten wir folgendes Bild. Die Aufrechnung gegen eine nicht bestehende Schuld erwies sich als unzulässig. Es fehlte an einer notwendigen Voraussetzung der Aufrechnung, dem Bestehen einer Passivforderung. Dieses Ergebnis konnte gegen die Angriffe Leonhards verteidigt und behauptet werden. Die weiteren Fragen nach der Aufrechnung gegen

anfechtbare und gegen einredebehaftete Schulden ergaben die prinzipielle Zulässigkeit der Aufrechnung und die Unmöglichkeit einer Rückgängigmachung des Aufrechnungserfolges, wenn in Kenntnis der Anfechtbarkeit oder der Einrede aufgerechnet wurde. Bei Aufrechnung in Unkenntnis der Anfechtbarkeit oder der Einrede dagegen konnte die Möglichkeit einer Beseitigung des eingetretenen Erlöschens der Forderungen nachgewiesen werden.

Literatur.

Bähr. Anerkennung als Verpflichtungsgrund. 3. Aufl. 1894.

Becker. System des heutigen Pandektenrechts. 1886.

Biermann. Bürgerliches Recht. Bd. I. 1908.

Bruck. Bedeutung der Anfechtbarkeit für Dritte. Breslau 1900.

Bucerius. Erörterung der Begriffe exceptio, Einrede, Einwendung nach römischem und gemeinem Recht, nach der deutschen ZPO. und dem BGB. Göttinger Preisschrift 1899.

Bülow. Geständnisrecht. 1899.

Cohn. Erlaß und Verzicht nach dem BGB. in Gruchots Beiträgen. Bd. 47. S. 221 ff.

Cosack. Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. I. Bd. 4. Aufl. 1903.

Crome. System des deutschen bürgerlichen Rechts. I. Bd. 1900. II. Bd. 1902.

Daubenspeck. Referat, Votum, Urteil. 9. Aufl. 1905.

Degenkolb. Anerkenntnisurteil in Beiträgen zum Zivilprozeß. S. 111 ff. 1905.

Dernburg. Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. I., II. und V. Bd. 3. Aufl. 1905/6.

Dernburg. Geschichte und Theorie der Kompensation nach römischem und neuerem Rechte. 2. Aufl. 1868.

Eccius. Nachträgliche Bemerkungen über eventuelle Aufrechnung und Aufrechnung nach BGB. Bei Gruchot Bd. 42 S. 233 ff.

Eccius Rechtsgeschäftlicher Verzicht auf Einreden. In Gruchots Beiträgen Bd. 50. S. 1. ff.

Eck-Leonhard. Vorträge über das Recht des BGB. 1903.

Endemann. Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. I. Bd. 8./9. Aufl. 1903.

Enneccerus. Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. I. Bd. 3. Aufl. 1908.

Feder. Die rechtliche Natur der Aufrechnung außerhalb des Rechtsstreits. In Goldschmidts Zeitschr. für das gesamte Handelsrecht. Bd. 54 S. 434 ff. 1904.

Fischer-Henle. Handausgabe des BGB. mit Anmerkungen. 7. Aufl. 1906.

Flechtheim Aufhebungsanspruch und Einrede. Bei Gruchot Bd. 44. S. 65.
Förster-Eccius. Preußisches Privatrecht. 7. Aufl. 1896.
Foertsch. Die sogenannte eventuelle Aufrechnung unter dem Rechte des BGB. Bei Gruchot Bd. 42. S. 225 ff.
Fontheim. Das Anfechtungsrecht des bürgerlichen Rechts, insbesondere seine Übertragbarkeit, zugleich ein Beitrag zur Lehre von den Gestaltungsrechten. Leipziger Diss. 1906.
Friedenthal. Einwendung und Einrede. In Fischers Abhandl. Bd. I. 1899.
Frommhold. Kommentar zum Erbrecht. 1900.
Gareis-Oertmann. Kommentar zum allgemeinen Teil. 2. Aufl. 1908.
Goldmann-Lilienthal. Das BGB. systematisch dargestellt. I. Bd 2. Aufl. 1903.
Hellmann. Vorträge über das BGB. Allgemeiner Teil 1897.
Hellwig. Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. I. Bd. 1903.
Hellwig. Anspruch und Klagrecht. In Fischers Abhandl. Bd. V. 1900.
Hellwig. Die Verträge auf Leistung an Dritte. 1899.
Hölder. Kommentar zum allgemeinen Teil. 1900.
Hölder. Über Anspruch und Einrede. Archiv für zivil. Prax. Bd. 93. S. 1. ff. 1902.
Hölder. Anspruch und Klagerecht. In Busch's Zeitschr. für deutschen. Zivilprozeß. Bd. 29. S. 50. ff. 1901.
Jaeckel. Kommentar zum ZwVG. 2. Aufl. 1904.
Jäger. Kommentar zur KO. 2. Aufl. 1904.
Isay. Die Willenserklärung im Tatbestande des Rechtsgeschäfts. In Fischers Abhandl. 2. Bd. 1899.
Kaufmann. Kommentar und Institutionen des BGB. Bd. II. 1901.
Kisch. Besprechung von Degenkolbs Anerkenntnisurteil. In Busch's Zeitschr. Bd. 34. S. 381. 1905.
Kohler. Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. I., II. Bd. 1906.
Kohler. Kompensation und Prozeß in Busch's Zeitschr. Bd. 20. S. 1 f. 1894.
Kohler. Die Aufrechnung nach dem BGB. Ebenda Bd. 24. S. 1 ff. 1898.
Kohler. Prozeßhandlungen mit Zivilrechtswirkung. Ebenda Bd. 29. S. 1. ff. 1901.
Lang. Das Aufrechnungsrecht nach bürgerlichem Recht. 1906.
Langheineken. Rückwirkung der Aufrechnung und Mathematik im Rechte. In das Recht. Bd. 6. S. 385. ff. 1902.
Langheineken. Anspruch und Einrede. 1903.
Leonhard, Rud. Der allgemeine Teil des BGB. 1900.
Leonhard, Franz. Die Aufrechnung. 1896.

Leonhard, Franz. Aufrechnung gegen eine Nichtschuld. Im Arch. f. bürgerl. Recht. Bd. 21. S. 171 ff.

Liebknecht. Vorbehaltszahlung und Eventualaufrechnung. 1899.

Lind. Zur Lehre von den Voraussetzungen der Aufrechnung nach dem Rechte des BGB. unter Berücksichtigung des gemeinen Rechts. Heidelberger Diss. 1905.

Lippmann. Zur Lehre von der Kompensation nach dem Entwurf des BGB. In Iherings Jahrbüchern. Bd. 32. S. 157 ff. 1893.

Lippmann. Rückwirkung und Rechtsgeschäft der Aufrechnungserklärung. Ebenda Bd. 43. S. 435 ff. 1901.

Mansfeld. Zur Lehre von der eventuellen Aufrechnung. Deutsche Jur. Ztg. Bd. 3. S. 225 f. 1898.

Matthiaß. Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1. Bd. 3/4. Aufl. 1900.

v. Mayr. Der Bereicherungsanspruch des deutschen bürgerlichen Rechts. 1903.

Motive zu dem Entwurf des BGB. Bd. 1, 2. 1888.

Neumann. Handausgabe des BGB. 1. Bd. 4. Aufl. 1905.

Oertmann. Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl. 1906.

Oertmann. Besprechung von Leonhards Aufrechnung. Arch. f. bürgerliches Recht. Bd. 13. S. 124, 125. 1897.

Oertmann. Besprechung von Liebknechts Kompensations-Vollzug und Kompensationsvorbringen nach gemeinem Rechte. Ebenda Bd. 14. S. 348. 1898.

Oertmann. Die Rechtsbeständigkeit von Forderung und Gegenforderung als Erfordernis der Aufrechnung. In das Recht. Bd. 5. S. 447 ff. 1901.

Otto. Das Recht der Schuldverhältnisse des BGB. In Sächs. Arch. Bd. 8. S. 705 ff. 1898.

Planck. Kommentar zum BGB. 1., 2. Bd. 3. Aufl. 5. Bd. 2. Aufl. 1903–1907.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des BGB. Bd. 1. 1897. Bd. 6. 1899.

Reybein. BGB. mit Erläuterungen. Bd. 1, 2. 1899. 1903.

Reybein. Entscheidungen des vormaligen preuß. Obertribunals. Bd. 3. 1891.

Regelsberger. Zur Lehre von der Wirkung der Anspruchsverjährung. In Iherings Jahrbüchern. Bd. 47. S. 328 f. 1900.

Schlichting. Die Aufrechnung nach dem BGB. Rostocker Diss. 1901.

Schlottmann. Die Anfechtbarkeit nach römischem Rechte und dem BGB. Rostocker Diss. 1901.

Schollmeyer. Recht der Schuldverhältnisse. Kommentar. 1900.

v. Schrutka-Rechtenstamm. Die Richtigkeit der Forderungen als Voraussetzung der Kompensation. Wien 1900.
Seckel. Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts. In der Festgabe für Reichsbankpräsident Koch. 1903.
Seuffert. Kommentar zur ZPO. Bd. 1. 10. Aufl. 1907.
Siber. Kompensation und Aufrechnung 1899.
Sontag. Aufrechnung auf eine Forderung, die aus Hauptleistung, Zinsen und Kosten besteht. Im Arch. für b. R. Bd. 21. S. 10 f.
Stammler. Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. 1897.
Staudinger. Kommentar zum BGB. Bd. 1. 3./4. Aufl. Bd. 2 und 5. 2. Aufl. 1906/07.
Steger. Die Anfechtbarkeit nach dem Rechte des BGB. Leipziger Diss. 1902.
Stölzel. Schulung für die zivil. Prax. 2. Teil. 4. Aufl. 1906.
Suppes. Der Einredebegriff d. BGB. in seiner praktischen Bedeutung. Leipziger Diss. 1902.
Türcke-Niedenführ. Das bürgerliche Recht. 1. Bd. 2. Aufl. 1904.
Weigelin. Das Recht zur Aufrechnung als Pfandrecht an der eigenen Schuld. 1904.
Weismann. Die Aufrechnung nach dem BGB. In Busch's Zeitschr. Bd. 26. S. 1. 1899.
Windscheid-Kipp. Lehrbuch des Pandektenrechts. 1., 2. Bd. 9. Aufl. 1906.
Zitelmann. Das Recht des BGB. Allgemeiner Teil. 1900.
Zitelmann. Internationales Privatrecht. 2. Bd. 1898.